

PSYCHOGERIATRISCHE PATIËNT EN RECHT

ZORG VOOR VRIJHEIDSBEPERKING

PSYCHOGERIATRISCHE PATIËNT EN RECHT

ZORG VOOR VRIJHEIDSBEPERKING

Psycho-geriatric patients and law
Care and restraining

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus, Prof.dr. S.W.J. Lamberts

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
vrijdag 13 mei 2005 om 13.30 uur

door

Lucas Anton Pieter Arends
geboren te Maastricht

Promotiecommissie:

Promotoren:

Prof.mr. J.C.J. Dute

Prof.mr. F.C.B. van Wijmen

Overige leden:

Prof.dr. M. Donker

Prof.mr. J.K.M. Gevers

Prof.dr. R. Huijsman

VOORWOORD

Toen ik enkele jaren geleden het voornemen kenbaar maakte om als onderwerp van mijn promotieonderzoek te kiezen voor de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten, sprak een zekere persoon de legendarische woorden: 'Leuk. Maar Luuk, denk je eigenlijk wel dat dit een interessante patiëntengroep is om nader te onderzoeken? Het lijkt mij zo saai!'

De vraag geeft aan hoe nodig onderzoek naar de rechten van deze groep mensen die niet in staat zijn om voor hun eigen rechten op te komen, is. Bijzonder weinig is over de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten geschreven. De tijd dat psychogeriatrische patiënten mee naar de dierentuin genomen werden, en vervolgens niet meer thuis kwamen maar in het verpleeghuis werden 'gestopt' is weliswaar gelukkig voorbij. Dat neemt echter niet weg dat aan de zorg en aan de positie van patiënten nog veel valt te verbeteren. Patiënten zelf kunnen meestal niet meer zeggen wat er aan schort. Toch laten zij vaak geluiden horen in de trant van 'het is hier een gevangenis' of 'ik wil naar huis'. Veelal zullen dit soort uitlatingen voortvloeien uit de aard van hun aandoening. Maar het is ook zeer goed mogelijk dat psychogeriatrische patiënten dit meer zeggen, naarmate zij zich ongelukkiger voelen. Daarom is het zaak alert te zijn. Dit geldt zeker bij toepassing van vrijheidsbeperkingen.

Sinds kort is de belangstelling voor dit onderwerp toegenomen, niet in de laatste plaats omdat de regering het voornemen heeft om de wettelijke regeling met betrekking tot vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten grondig te herzien. Hopelijk leidt die aandacht tot een verbeterde rechtspositie voor deze patiëntengroep.

Dus, beste X, het antwoord luidt: nee, het is niet saai om onderzoek te doen naar de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten. Door het vele veldonderzoek dat ik heb verricht is mijn belangstelling zelfs alleen maar aangewakkerd, hetgeen heeft geresulteerd in dit proefschrift. Ik wil dan ook iedereen danken die op enigerlei wijze heeft bijgedragen aan de totstandkoming hiervan. Enkele personen wil ik met name noemen.

Allereerst wil ik het 'promotieteam' danken. In de eerste plaats Frans van Wijmen die bereid was de begeleiding van mijn promotie halverwege op zich te nemen. Beste Frans, hartelijk dank voor de belangstellende en persoonlijke manier waarop je dit gedaan hebt. Ik vond de gesprekken met jou en je opbouwende commentaar zeer stimulerend en steunend. Ook wil ik mijn andere promotor Jos Dute hartelijk danken. Beste Jos, het laatste half jaar, toen bekend werd dat jij naar Rotterdam zou komen ben jij ingehaakt. Vrijwel alle teksten moesten toen nog geschreven worden. Die heb jij voorzien van minutieus commentaar, waar ik veel aan heb gehad. De samenwerking met jou was zeer aangenaam en biedt goede perspectieven. Johan Legemaate wil ik hartelijk danken voor het feit dat hij mij de gelegenheid heeft geboden om dit promotieonderzoek te starten en zijn steun bij de eerste stappen.

Maar ook buiten het promotieteam waren een aantal personen bijzonder betrokken. Hier wil ik in de eerste plaats Kees Blankman noemen. Kees, bedankt voor je inspirerende begeleiding bij het onderzoek naar de interne rechtspositie van psychogeriatrische patiënten ten behoeve van de tweede Bopz-evaluatie. Door de enthousiaste wijze waarop je dit gedaan hebt, en je betrokkenheid en belangstelling bij mijn overige projecten

ben jij voor mij een grote stimulans en inspirator geweest om mijn promotieonderzoek tot een goed einde te brengen. Daar ben ik je dankbaar voor.

Veel mensen zijn van steun geweest bij de verschillende onderzoeksprojecten die ten grondslag hebben gelegen aan dit proefschrift. Al deze mensen wil ik hartelijk danken, in het bijzonder Christine Hoegen en Annemiek Mulder van Arcares, Annemarie Schuite van VWS (thans IGZ) en José Pattiwael van VWS, die mij in staat hebben gesteld voor Arcares en VWS belangrijke onderzoeksprojecten te doen. Dank ook aan de Maurits van Kattendijke Stichting voor haar bijdrage.

Chris Jason dank ik voor het verbeteren van de Engelse samenvatting en Els van der Schee, Marijke van der Does en in Maastricht Lydie Coenegrachts voor hun secretariële ondersteuning.

Verder wil ik mijn toevluchtsoord op het werk, Isabelle Fabbriotti, danken. Isabelle, bedankt voor het feit dat je altijd een luisterend oor voor mij had, je vriendschap en de vele praktische tips. Waar zou ik zijn zonder mijn 'tefal'? Fijn dat je mijn paranimf wilt zijn.

Ook mijn andere paranimf, Suzanne Rouwette, wil ik danken. Suzanne, jouw vriendschap is voor mij heel waardevol.

Niet alleen op het werk maar ook thuis, waar ik mijn proefschrift geschreven heb, had ik ondersteuning en wel van een directrice en een directie-assistente. Vrijwel geen letter is op papier gekomen, zonder dat dit door Femmelie en Duboise, twee van onze katten gespot werd. Af en toe geëscorteerd door de drie heertjes Carlo-Coen, Pimmetje en Boor waren zij een echte afleiding. Jammer was alleen dat niet duidelijk was wie welke rol op zich had genomen. Het is daarom te hopen dat zij ooit ook nog elkaars beste vriendinnen gaan worden, want die knokpartijen waren iets minder geslaagd!

Tot slot wil ik mijn levenspartner Alex Buiks danken. Lieve Alex, bedankt voor al je steun, raadgevingen en geduld bij alle promotieperikelen. Ik had me voorgenomen om geen clichés op te schrijven, maar ik besef nu dat het waar is wat in al die andere proefschriften geschreven wordt: zonder jou had ik dit echt niet gered. Ik ben gelukkig dat je bij me bent en hou heel veel van jou.

INHOUDSOPGAVE

Lijst van afkortingen	15
1. Inleiding	17
1.1 Introductie	17
1.2 Probleemstelling	19
1.3 Bouwstenen proefschrift	20
1.4 Plan van aanpak	23
2. Onderzoeksopzet	25
2.1 Inleiding	25
2.2 Typering onderzoek	26
2.2.1 Systematische wetsevaluaties	26
2.2.2 Nadere duiding	27
2.2.3 Conclusie	29
2.3 Gebruikte onderzoekstechnieken	29
2.3.1 Globale omschrijving	29
2.3.2 Literatuuronderzoek	30
2.3.3 Kwantitatieve onderzoeksmethode	31
2.3.4 Kwalitatieve onderzoeksmethode	34
2.4 Conclusie	39
3. Psychogeriatrische zorg	41
3.1 Inleiding	41
3.2 Achtergronden psychogeriatric	41
3.3 Overheid en psychogeriatrische zorg	43
3.4 Zorg voor psychogeriatrische patiënten thuis	44
3.4.1 Thuiszorg	45
3.4.2 Respijtzorg	46
3.5 Traditionele intramurale voorzieningen	46
3.5.1 Verpleeghuizen	47
3.5.2 Verzorgingshuizen	49
3.5.3 Problematiek rondom toepassing Wet bopz in verzorgingshuizen	50
3.5.4 Ziekenhuizen	53
3.6 Nieuwe zorgvormen	53
3.6.1 Woonzorgcomplexen	53
3.6.2 Kleinschalige woonvoorzieningen	55
3.7 Zorgvisie ten aanzien van vrijheidsbeperking	57
3.8 Conclusie	61
4. Pijlers van menswaardigheid	63
4.1 Inleiding	63
4.2 Zelfbeschikking	64
4.3 Menswaardigheid	67
4.4 Belangenafweging ter wille van menswaardigheid	69
4.4.1 Inleiding	69
4.4.2 Bescherming	69
4.4.3 Vrijheid	70
4.4.4 Conclusie	71
4.5 Nastreven menswaardigheid door goede en verantwoorde zorg	71

4.6	Operationalisering in wetgeving	74
4.6.1	Inleiding	74
4.6.2	Noodzaak	76
4.6.3	Effectiviteit	77
4.6.4	Overige kwaliteitseisen wetgeving	83
4.7	Conclusie	83
5.	Vertegenwoordiging	87
5.1	Inleiding	87
5.2	Wettelijke kaders	88
5.2.1	Wilsonbekwaamheid	88
5.2.2	Vertegenwoordiging	91
5.3	Praktijk	100
5.3.1	Verpleeghuizen	100
5.3.2	Verzorgingshuizen	101
5.3.3	Zorgaanbieders die niet onder de Wet bopz vallen	102
5.3.4	Wettelijke vertegenwoordigers	104
5.4	Evaluatie	104
5.4.1	Aanvaardbaarheid	104
5.4.2	Doelstellingen	105
5.4.3	Toepasbaarheid	105
5.4.4	Uitvoerbaarheid	108
5.4.5	Handhaafbaarheid	109
5.4.6	Consistentie met hogere regelingen	111
5.5	Conclusie	112
6.	Opneming	115
6.1	Inleiding	115
6.2	De Wet bopz	116
6.2.1	Inleiding	116
6.2.2	Totstandkomingsproces	117
6.2.3	Rechterlijke machtiging	125
6.2.4	Inbewaringstelling en machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling	133
6.2.5	Art. 60 bopz-indicatie	134
6.3	Zorgindicaties sinds 1 april 2003	138
6.3.1	Inleiding	138
6.3.2	Functiegericht indiceren	138
6.3.3	Gevolgen voor instellingen	140
6.3.4	Opneming en verblijf	140
6.3.5	Zorgindicaties in bopz-aangemerkte instellingen	142
6.4	Wgbo	143
6.5	De praktijk rondom opnemingen	144
6.5.1	Inleiding	144
6.5.2	bopz-aangemerkte instellingen	144
6.5.3	Stand van zaken overige instellingen	148
6.6	Evaluatie van de wettelijke regelingen	149
6.6.1	Inleiding	149
6.6.2	Aanvaardbaarheid	149
6.6.3	Noodzaak wetgeving en externe verticale consistentie	150
6.6.4	Doelstellingen relevante wettelijke regelingen	156
6.6.5	Toepasbaarheid	157
6.6.6	Uitvoerbaarheid	159

6.6.7	Handhaafbaarheid	160
6.7	Conclusie	161
7.	Vrijheidsbeperking	163
7.1	Inleiding	163
7.2	Vrijheidsbeperking op grond van de Wet bopz	165
7.2.1	Inleiding	165
7.2.2	Behandelingsdoelen	165
7.2.3	Dwangbehandeling	166
7.2.4	Noodsituaties	167
7.2.5	Waarborgen	168
7.2.6	Overige vrijheidsbeperkingen	170
7.2.7	Conclusie	171
7.3	Vrijheidsbeperking op grond van de Wgbo	172
7.3.1	Inleiding	172
7.3.2	Inhoud en werking regeling Wgbo	172
7.3.3	Reikwijdte dwangbehandelingsregeling volgens nationaal recht	176
7.3.4	Reikwijdte in relatie tot Europees recht	179
7.3.5	Conclusie	184
7.4	Verpleeghuizen	184
7.4.1	Inleiding	184
7.4.2	Vóórkomen van vrijheidsbeperking	185
7.4.3	Redenen voor vrijheidsbeperking	186
7.4.4	Procedure	186
7.4.5	Dwangbehandeling en noodsituaties	187
7.4.6	Registratie en melding	187
7.4.7	Overige vrijheidsbeperkingen	188
7.4.8	Samenloop Wet bopz en Wgbo	188
7.4.9	Conclusie	189
7.5	Verzorgingshuizen	189
7.5.1	Inleiding	189
7.5.2	Vóórkomen van vrijheidsbeperkingen	189
7.5.3	Redenen voor vrijheidsbeperking	190
7.5.4	Procedure	191
7.5.5	Dwangbehandeling en noodsituaties	191
7.5.6	Registratie en melding	192
7.5.7	Overige vrijheidsbeperkingen	192
7.5.8	Verantwoorde zorg	192
7.5.9	Conclusie	193
7.6	Zorgaanbieders buiten de werking van de Wet bopz	194
7.6.1	Inleiding	194
7.6.2	Vóórkomen van vrijheidsbeperkingen	194
7.6.3	Redenen voor vrijheidsbeperking	196
7.6.4	Procedure	196
7.6.5	Dwangbehandeling en noodsituaties	197
7.6.6	Registratie en melding	197
7.6.7	Overige vrijheidsbeperkingen	198
7.6.8	Verantwoorde zorg	198
7.6.9	Conclusie	200
7.7	Evaluatie van de wettelijke regelingen	201
7.7.1	Inleiding	201
7.7.2	Doelstellingen wettelijke regelingen	201

Inhoudsopgave

7.7.3	Aanvaardbaarheid	202
7.7.4	Effectiviteit	203
7.7.5	Toepasbaarheid	203
7.7.6	Uitvoerbaarheid	205
7.8	Conclusie	206
8.	Toezicht	209
8.1	Inleiding	209
8.2	Wettelijke kaders	209
8.2.1	Inleiding	209
8.2.2	Wet bopz	210
8.2.3	Kwz en Wet big	213
8.3	Praktijk toezicht Inspectie in psychogeriatrische zorg	217
8.3.1	Inleiding	217
8.3.2	Wet bopz	218
8.3.3	Kwz	220
8.3.4	Conclusie	221
8.4	Evaluatie	221
8.4.1	Inleiding	221
8.4.2	Doelstellingen	221
8.4.3	Aanvaardbaarheid	222
8.4.4	Toepasbaarheid	222
8.4.5	Uitvoerbaarheid	223
8.4.6	Handhaafbaarheid	224
8.5	Conclusie	225
9.	Klachtrecht	227
9.1	Inleiding	227
9.2	Juridische kaders klachtrecht	228
9.2.1	Inleiding	228
9.2.2	Klachtrecht art. 41 bopz	229
9.2.3	Art. 42-procedure	235
9.2.4	Wkcz-procedure	235
9.2.5	Samenloop bopz- en wkcz-klachtenprocedure	241
9.3	Praktijk klachtrecht	241
9.3.1	Inleiding	241
9.3.2	Oorzaken niet-klagen	242
9.3.3	Klachtenfunctionarissen als aanvulling?	244
9.3.4	Art. 42-regeling	245
9.3.5	Klachten bij zorgaanbieders waar de Wet bopz niet geldt	245
9.4	Mogelijke verbeteringen van de klachtenprocedures	246
9.4.1	Inleiding	246
9.4.2	Voorgeschiedenis	247
9.4.3	Rolinvulling in de psychiatrie	247
9.4.4	Draagvlak voor patiëntenvertrouwenspersoon	248
9.4.5	Klachtenfunctionaris versus patiëntenvertrouwenspersoon	248
9.4.6	Profiel patiëntenvertrouwenspersoon psychogeriatric	249
9.4.7	Kanttekeningen	250
9.4.8	Patiëntenvertrouwenspersoon, alleen voor instellingen met bopz-aanmerking?	251
9.5	Conclusie	251
10.	Naar een Wet verantwoorde toepassing vrijheidsbeperking in de psychogeriatric	253
10.1	Inleiding	253

10.2	Toetsingskader	254
10.3	Rechtsbescherming in de psychogeriatric?	256
10.3.1	Vertegenwoordiging	256
10.3.2	Opneming	259
10.3.3	Vrijheidsbeperking	265
10.3.4	Toezicht	269
10.3.5	Klachtrecht	272
10.4	Conclusies nader beschouwd	274
10.5	Alternatieven	276
10.5.1	Inleiding	276
10.5.2	Opneming gbgg-groep door de rechter	276
10.5.3	Raad dwangtoepassing psychiatrie	277
10.5.4	Opneming gbgg-groep via vertegenwoordiger	278
10.5.5	Beoordeling dwangbehandeling door de rechter	280
10.5.6	Regionale commissie voor dwangbehandeling	280
10.5.7	Opneming en dwang als behandelbeslissingen	281
10.5.8	Introductie algemene zorgwet	283
10.5.9	Conclusie	283
10.6	Wetgeving met betrekking tot vrijheidsbeperking in Ontario: de Patient Restraints Minimization Act	284
10.6.1	Inleiding	284
10.6.2	Beschrijving systeem	284
10.6.3	Patient restraints minimization act 2001	286
10.6.4	'Common law'	288
10.6.5	Conclusie	289
10.7	Naar een wet verantwoorde toepassing van vrijheidsbeperkingen	290
10.7.1	Uitgangspunten	290
10.7.2	Vorm en werkingssfeer van de gekozen regeling	291
10.7.3	Reikwijdte	292
10.7.4	Inhoud regeling	295
10.8	Conclusie	302
	Samenvatting	305
	Summary	315
	Bronvermeldingen	325
	Bijlage Wet verantwoorde toepassing vrijheidsbeperking	341
	Definities	341
	De voor toepassing van vrijheidsbeperkingen verantwoordelijke personen	342
	Gronden voor toepassing vrijheidsbeperkingen	342
	Reikwijdte	343
	Kwaliteit en transparantie	343
	Opneming in het kader van verblijf	344
	Rechtsbescherming	345
	Overige bepalingen	348
	Over de auteur	349

LIJST VAN AFKORTINGEN

A-G	Advocaat-Generaal
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
Awb	Algemene wet bestuursrecht
(k)BJ	(Kwartaalblad) bopz-Jurisprudentie
BW	Burgerlijk Wetboek
Bza	Besluit zorgaanspraken
Evrn	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
HCCA	Health Care Consent Act (Ontario, Canada)
GAAZ	Geriatrische afdeling van een algemeen ziekenhuis
Ggbg-groep	Geen bereidheid, geen bezwaar-groep. Aanduiding voor patiënten/cliënten die geen bereidheid tonen voor opname in een psychiatrisch ziekenhuis, maar daartegen ook geen verzet tegen uiteten
HR	Hoge Raad
Kwz	Kwaliteitswet zorginstellingen
IBS	Inbewaringstelling
IBMG	Instituut Beleid en Management Gezondheidszorg
IGZ	Inspectie voor de Gezondheidszorg
KWV	Kleinschalige woonvoorzieningen
LCIG	Landelijke Centrum Indicatiestelling Gehandicapten
LVT	Landelijke vereniging voor thuiszorg
MHA	Mental Health Act (Ontario, Canada)
M&M	Middelen en maatregelen
MDO	Multidisciplinair Overleg
NHG	Nederlands huisartsengenootschap
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NCvG	Noordelijk Centrum voor Gezondheidsvraagstukken
NVVA	Nederlandse vereniging voor verpleeghuisartsen
NWO	Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek
Nzi	Nationaal Ziekenhuisinstituut
OM	Openbaar Ministerie
OvJ	Officier van Justitie
PG	Psychogeriatric
PGB	Persoonsgebonden budget
PRMA	Patient Restraints Minimization Act (Ontario, Canada)
Pvp	Patiëntenvertrouwenspersoon
Rb	Rechtbank
RIO	Regionaal indicatieorgaan
RM	Rechterlijke Machtiging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
SDA	Substitute Decisions Act (Ontario, Canada)
Stb	Staatsblad
Vbm	Vrijheidsbeperkende maatregelen

Lijst van afkortingen

Vrmb	Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de waardigheid van het menselijk wezen met betrekking tot de toepassing van de biologie en de geneeskunde:
Wvg	Wet voorzieningen gehandicapten
VWS	Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Wet big	Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg
Wet bopz	Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen
Wkcz	Wet klachtrecht cliënten zorgsector
Wgbo	Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst
WZC	Woonzorgcomplexen
Zib	Zorgindicatiebesluit
ZonMW	Zorgonderzoek Nederland Medische wetenschappen. ZonMw is een samensmelting van Zorgonderzoek Nederland en het gebied Medische wetenschappen van NWO

1. INLEIDING

‘Weglopen dus...hier vandaan en je tast je een weg tussen de dikke plooiën van een achtergordijn... met het gelach van de zaal in je oren tast je... grijp je je vast in de plooiën... klauwt verder langs het gordijn tot je de uitgang hebt en hijgend in het donker blijft staan waar je de piano nog wel hoort maar gedempter en ook het zingen steeds flauwer en gebrekkiger... op zoek is hij naar de uitgang... zo mag ik het zien... en belandt hij weer bij een trappetje dat je omgekeerd op handen en voeten afklimt of struikelt dat is niet zeker en dan zie je licht branden aan het begin van een gang met een arduinen vloer en hoge betraliede ramen en langs een rij wc’s zonder deuren... zo betreedt hij een ruimte met wasbakken en kranen... de drinkplaats... daar is dan eindelijk het water... drinken... blijf drinken... spoelen... spoelen... spoelen... stroom... ik moet stromen... onder water liggen en meestromen... wegstromen... waarom onthouden deze bewakers dit lichaam zijn bron en drogen zij het af en leiden zij het weg van het water?’

Zij brengen het naar een ruimte met bedden... zij zetten het op de rand van zo’n bed... zij kleden het uit... zij doen het een pyjama aan die lijkt op de pyjama’s van die andere mannen met hun grote starende halfkale hoofden op de hoge witte kopkussens en allemaal zijn kant uit gedraaid... zij duwen een pil in zijn keel... zij gieten er water doorheen alsof hij een trechter is... zij leggen hem in bed... zij gaan met zijn tweeën langs de rij bedden... zij zwijgen tot aan de deur en roepen tegelijk goedenacht GOOD NIGHT roepen ze en dan is het donker.¹

1.1 Introductie

Met bovenstaand citaat, afkomstig uit het boek ‘Hersenschimmen’ verwoordt J. Bernlef treffend de gedachten en gevoelens die in een dementerende patiënt zouden kunnen omgaan. Geraffineerd maakt hij daarbij gebruik van angst van mensen voor verlies van autonomie en eigenheid; zaken die gepaard gaan met dementie en opname in een verpleeghuis. Waarschijnlijk is de tekst daarom zo aansprekend. De afgelopen jaren zijn vele romans met dementie direct of indirect tot onderwerp, naast die van Bernlef verschenen.² De hoeveelheid literatuur die over dit onderwerp is geschreven laat zien dat dementie de mensen bezighoudt. Ook op wetenschappelijk terrein is dit waarneembaar. Het rapport van de Gezondheidsraad dat enkele jaren geleden verscheen geeft hier een goed overzicht van.³ In vergelijking tot de overige wetenschappen heeft de rechtsgeleerdheid zich nog maar weinig met patiënten die lijden aan een dementiële aandoening bezighouden. Dit gegeven vormde de aanleiding voor dit proefschrift.

Dementie is voor veel mensen een schrikbeeld vanwege het gevoel dat een proces van verontmenselijking plaatsvindt. Het vermogen tot denken, kiezen en communiceren wordt steeds meer aangetast. Tevens kan op den duur een lichamelijke teloorgang

¹ Uit: *Hersenschimmen*, Bernlef, J., 1984.

² Twee buitenlandse voorbeelden zijn: Frederiksson, M., 1994, Ignatieff, M., 1993, en twee binnenlandse: Kooten, K., van, 2000, Voskuil, J.J., 1999.

³ Gezondheidsraad, 2002.

plaatsvinden. In de loop van hun ziekteproces verliezen psychogeriatrische patiënten controle over geest en lichaam en worden op den duur afhankelijk van de zorg van anderen. Essentieel in die zorg is de rol van familie. Daarnaast zijn ook professionele zorgverleners van groot belang.

Dementie tast het vermogen tot zelfbepaling aan en daardoor op den duur tevens de vrijheid van patiënten. Na opname in een verpleeghuis komt dit ook voor buitenstaanders duidelijk tot uitdrukking; vooral wanneer vrijheidsbeperkende maatregelen, zoals het vastbinden in een stoel of in een bed, worden genomen. Die maatregelen worden in verpleeghuizen, maar eveneens op andere plaatsen bij dementerende patiënten toegepast om gevaar te voorkomen. Dit gevaar kan betrekking hebben op de patiënt zelf, maar ook gevaar dat zich ten opzichte van anderen manifesteert is een reden om vrijheidsbeperkingen toe te passen.

Vrijheidsbeperkingen worden in dit proefschrift gedefinieerd als interventies of non-interventies die in de zorg worden toegepast dan wel worden nagelaten, en als doel of neveneffect hebben dat de vrijheid van psychogeriatrische patiënten wordt aangetast. Hoewel dit onderzoek voornamelijk betrekking heeft op patiënten die lijden aan dementie, is desondanks een grotere patiëntengroep als uitgangspunt genomen. Onder psychogeriatrische patiënten vallen niet alleen patiënten met dementie, maar ook patiënten die lijden aan andere geheugenstoornissen.⁴ In hoofdstuk 3 volgt een uitgebreidere omschrijving van het begrip.

Bij toepassing van vrijheidsbeperking in de zorg bestaat een spanningsveld tussen fundamentele rechten als vrijheid en zelfbeschikking van psychogeriatrische patiënten enerzijds en datgene wat de maatschappij in het belang acht voor het welzijn van de patiënt of van anderen anderzijds. Bescherming ter voorkoming van gevaar of bescherming met het oog op het bieden van veiligheid weegt in sommige gevallen op tegen de inbreuk die gemaakt wordt op iemands vrijheid. Belangrijk is dat er een balans is tussen vrijheid enerzijds en bescherming anderzijds. Zorgverleners moeten dat evenwicht bepalen, in samenspraak en met toestemming van de familie. Soms kan een dergelijke afweging dus resulteren in een vrijheidsbeperking.

Het hierboven beschreven spanningsveld tussen het waarborgen van vrijheid, en het nastreven van een veilige omgeving voor psychogeriatrische patiënten vergt zorgvuldige afwegingen in de zorg. Toch richt de Nederlandse wetgeving zich niet specifiek op zorg aan psychogeriatrische patiënten en hun rechtspositie. Voor deze patiëntengroep gelden in beginsel dezelfde wettelijke regelingen als voor andere patiënten. Slechts indien sprake is van een opname in een verpleeghuis waarmee een psychogeriatrische patiënt zelf niet weloverwogen kan instemmen of waartegen hij zelfs verzet uit, geldt een bijzonder wettelijk regiem. In dat geval is de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet bopz) van toepassing. Ook deze wet is niet speciaal voor psychogeriatrische patiënten ontworpen. Met name psychiatrische patiënten stonden model bij het ontwerp ervan.

Reeds voor de totstandkoming van de Wet bopz in 1994 was er kritiek op het feit dat deze wet ook van toepassing werd verklaard op de psychogeriatric.⁵ Het bijzondere karakter van de psychogeriatrische zorg, waarin bescherming voorop stond, zou zich niet

⁴ In het veld wordt ook wel van psychogeriatrische bewoners of cliënten gesproken. In dit proefschrift wordt echter steeds het begrip 'psychogeriatrische patiënten' gehanteerd.

⁵ Bijvoorbeeld Krul-Stekete, J., 1984 en Commissie Evaluatie regelgeving, 2002.

verhouden met een wettelijke regeling die oorspronkelijk geschreven is voor de psychiatrie en waarin zelfbeschikking en gevaar sleutelbegrippen zijn.

Tijdens de eerste evaluatie van de Wet bopz in 1996 werd geconstateerd dat de Wet bopz in de psychogeriatric nog niet goed geïmplementeerd was en vroeg men zich opnieuw af in hoeverre deze wet een geschikt kader vormt voor de rechtsbescherming van psychogeriatrische patiënten. Desondanks namen de onderzoekers tevens waar dat de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten was verbeterd, hetgeen werd toegeschreven aan een toegenomen bewustwording van zorgverleners ten aanzien van het feit dat in de zorg fundamentele grondrechten onder druk staan.⁶

1.2 Probleemstelling

Inmiddels is de Wet bopz tien jaar in werking. Bij deze wet hebben zich in 1995 de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo) en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz) gevoegd. Deze wetten regelen eveneens rechten van patiënten, zij het dat hierin patiëntengroepen of zorginstellingen niet gecategoriseerd zijn. De Wgbo vult rechten van patiënten bij een behandelingsovereenkomst met een hulpverlener nader in, terwijl de Wkcz regelt dat zorgaanbieders aangesloten zijn bij een klachtencommissie. Patiënten kunnen hier dan eventueel een klacht indienen wanneer zij niet goed bejegend zijn of niet tevreden zijn over de zorg die is verleend.

Naast deze wetten zijn tevens andere in werking getreden die van belang zijn voor de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten. Belangrijk om te vermelden zijn de Wet mentorschap, en de Kwaliteitswet zorginstellingen.

Geen van de genoemde wetten heeft de zorg aan psychogeriatrische patiënten of de toepassing van vrijheidsbeperking rechtstreeks tot onderwerp. De Wet bopz komt er het dichtste bij in de buurt met een regeling van vrijheidsbeneming en toepassing van middelen en maatregelen in noodsituaties en bij wijze van dwangbehandeling. Ook de Wgbo kent een regeling voor dwangbehandeling en de mogelijkheid voor hulpverleners om zonder toestemming van de patiënt of een vertegenwoordiger op te treden ingeval van een noodsituatie. De reikwijdte van de Wgbo is echter vaag en staat zowel in jurisprudentie als in de literatuur bloot aan discussie.

De vraag rijst dan ook in hoeverre deze wettelijke regelingen toereikend zijn bij toepassing van vrijheidsbeperking op psychogeriatrische patiënten. Deze patiënten onderscheiden zich van veel andere patiëntengroepen immers zoals gezegd onder meer in het feit dat zij op zeker moment niet of nauwelijks meer in staat zijn om weloverwogen keuzes te maken. Psychogeriatrische patiënten worden niet alleen volledig afhankelijk van zorg, maar zij moeten ook beslissingen ten over die zorg aan anderen overlaten. Waar dit probleem zich bij psychiatrische patiënten soms tijdelijk voordoet, is het bij psychogeriatrische patiënten veelal duurzaam en onomkeerbaar.

In dit proefschrift staat daarom de volgende probleemstelling centraal:

Biedt de Nederlandse wetgeving voldoende rechtsbescherming aan psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperkingen?

Deze vraag kan nader worden geoperationaliseerd in de volgende deelvragen:

⁶ Wettum, G.C., van, 1996.

Hoofdstuk 1

1. Wat houdt voldoende rechtsbescherming in en met welke uitgangspunten behoort bij de toetsing van de in dit verband relevante wetgeving rekening te worden gehouden?
2. Welke zijn de wettelijke kaders bij toepassing van vrijheidsbeperkingen op psychogeriatrische patiënten, welke doelstellingen zijn ermee nagestreefd en wat is hun reikwijdte?
3. Hoe wordt thans uitvoering gegeven aan deze wettelijke kaders?
4. In hoeverre voldoet de wetgeving aan de geformuleerde uitgangspunten waarmee bij toetsing rekening dient te worden gehouden?
5. Hoe zou de wetgeving eventueel kunnen worden verbeterd?

Dit onderzoek richt zich op psychogeriatrische patiënten. Dat neemt echter niet weg dat de uitkomsten ervan tevens relevant kunnen zijn voor andere patiëntengroepen, voor wie het maken van een redelijke belangenafweging bij keuzes in de zorg of het zich kunnen uiten eveneens een structureel probleem is. Dat kan bijvoorbeeld opgaan voor bepaalde categorieën verstandelijk gehandicapten of psychiatrische patiënten. In dit proefschrift blijven deze echter verder buiten beschouwing.

1.3 Bouwstenen proefschrift

Tien onderzoeksprojecten lagen ten grondslag aan dit proefschrift. De meeste daarvan hadden de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten rechtstreeks tot onderwerp. Hieronder volgt een korte beschrijving van de verschillende projecten.

1. *Evaluatie van het klachtrecht uit de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet bopz) in de psychogeriatric, tijdens de eerste Wet bopz-evaluatie (1996).*⁷
Dit onderzoek vond plaats in opdracht van het ministerie van VWS en richtte zich op de evaluatie van het klachtrecht dat is vastgelegd in art. 41 bopz en destijds ook in art. 76 bopz. De centrale onderzoeksvraag was in hoeverre het klachtrecht van de Wet bopz een bijdrage aan de bescherming en versterking van de rechtspositie van de patiënt leverde.
2. *De samenloop van de Wet bopz en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz) in het kader van de evaluatie van de Wkcz (1999).*⁸
In het kader van de evaluatie van de Wkcz werd in opdracht van Zorgonderzoek Nederland (thans ZonMw) de samenloop tussen de Wet bopz en de Wkcz onderzocht. De vraag die op dit onderdeel betrekking had was wat de gevolgen van deze samenloop waren voor de klachtenbehandeling in het kader van de Wkcz. Er is echter ook bekeken in hoeverre de klachtenbehandeling op basis van de Wet bopz werd beïnvloed.
3. *Vervangend beslissen bij wilsonbekwame patiënten (1999).*⁹
Dit onderzoek betrof een rechtsvergelijkende literatuurstudie, waarbij de Nederlandse wetgeving werd vergeleken met die van Ontario, Canada. Hier werd onderzocht in hoeverre de wettelijke regelingen met betrekking tot de wijze waarop de vertegenwoordiging in Ontario was ingevuld, aanknopingspunten bood voor verbe-

⁷ Zie Arends, L.A.P., 1998, Teijssen, H.A.R.M.T., P.M. Klaver, de, L.A.P. Arends en J. Legemaate, 1996, en Arends, L.A.P., 1998. Zie ook Legemaate, J., R. Teijssen, P.M. Klaver, de en L.A.P. Arends, 1997.

⁸ Arends, L.A.P. en J. Legemaate, 1999.

⁹ Arends, L.A.P., 1999.

tering van de zorgvuldigheid ten aanzien van vervangend beslissen in Nederland. Dit onderzoek werd niet verricht ten behoeve van een externe opdrachtgever.

4. *Implementatie Wet bopz in verzorgingshuizen I (2001).*¹⁰
Tijdens de tweede bopz-evaluatie werd duidelijk dat verzorgingshuizen nog maar weinig gebruik maakten van de mogelijkheid een zogeheten bopz-aanmerking aan te vragen, op basis waarvan zij de Wet bopz mogen toepassen. Naar aanleiding hiervan werd in opdracht van Arcares onderzocht welke de oorzaken hiervan waren.
5. *Evaluatie van het bopz-klachtrecht en het toezicht inspectie in psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg in het kader van de tweede Wet bopz-evaluatie (2002).*¹¹
Dit onderzoek was een deelstudie van de tweede bopz-evaluatie en werd verricht in opdracht van ZonMw. Centraal stond het bopz-klachtrecht en het toezicht van de inspectie in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg. Speciale aandacht werd geschonken aan de oorzaken voor het niet-functioneren van het bopz-klachtrecht in deze sectoren en mogelijke verbeteringen die in de procedure konden worden aangebracht. In het bijzonder werd daarbij de mogelijkheid van de introductie van een patiëntenvertrouwenspersoon onderzocht.
6. *Evaluatie interne rechtspositie psychogeriatric patiënten Wet bopz in het kader van de tweede Wet bopz-evaluatie (2002).*¹²
Deze deelstudie van de tweede bopz-evaluatie, die eveneens in opdracht van ZonMw werd verricht, had tot doel het evalueren van de interne rechtspositie van onvrijwillig in verpleeg- en verzorgingshuizen opgenomen psychogeriatric patiënten. In deze deelstudie is tevens gekeken naar de rechtspositie van vrijwillig opgenomen patiënten in bopz-aangemerkte instellingen. Aan dit onderzoek lagen twee vragen ten grondslag. In de eerste plaats werd onderzocht in hoeverre de bepalingen van de Wet bopz bekend waren en in de praktijk werden toegepast. In de tweede plaats werd bekeken in hoeverre de Wet bopz een geschikt kader vormt om de rechtspositie te waarborgen van bewoners van verpleeg- en verzorgingshuizen met een bopz-aanmerking.
7. *Alternatieve regelgeving voor psychogeriatric patiënten en verstandelijk gehandicaptenzorg (2002).*¹³
Naar aanleiding van eerdere onderzoeksactiviteiten waaruit bleek dat alternatieve regelgeving voor psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg ten aanzien van vrijheidsbeperking wenselijk is, werd in samenwerking met B.J.M. Frederiks een invitation conference georganiseerd. Deze onderzoeksactiviteit werd weliswaar niet verricht in opdracht van de brancheorganisaties Arcares en VGN, maar door hen echter wel bekostigd.

¹⁰ Arends, L.A.P., 2001, De moeizame implementatie van de Wet bopz in verzorgingshuizen, 2003 en Arends, L.A.P., De moeizame implementatie van de Wet bopz in verzorgingshuizen, 2003.

¹¹ Legemaate, J., L.A.P. Arends en A. Riet, van 't, 2002. Zie ook Arends, L.A.P., Het klachtrecht van de Wet bopz in psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg: een verslag van de tweede bopz-evaluatie, 2004, Arends, L.A.P., Het klachtrecht in de psychogeriatric - de stand van zaken, 2003.

¹² Arends, L.A.P., K. Blankman en B.J.M. Frederiks, 2002. Zie tevens Arends, L.A.P., 2003, Arends, L.A.P. en B.J.M. Frederiks, 2003, Arends, L.A.P., 2004.

¹³ De resultaten van dit project werden kort besproken in Arends, L.A.P. en B.J.M. Frederiks, 2003.

8. *Een evaluatiestudie van de wetgeving in Ontario, Canada met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperking* (2002).¹⁴

Aan dit onderzoek lagen dezelfde vragen ten grondslag als aan dit proefschrift. Bestudeerd werd alle relevante wetgeving in Ontario. Ook werd een kwalitatief onderzoek uitgevoerd, deels exploratief, deels evaluatief van aard. Onder andere werden uit dertig personen uit het veld, wetenschap, brancheorganisaties en het ministerie van Health and Long-Term Care Facilities geïnterviewd. Het onderzoek werd opgezet om een uitgebreide rechtsvergelijking te kunnen maken met de Nederlandse situatie. Het doel van deze rechtsvergelijking was het opdoen van ideeën voor nieuwe mogelijkheden voor de Nederlandse regelgeving. Daartoe was het zaak niet alleen inzicht te verkrijgen in het wettelijk systeem van de wetgeving in Ontario met betrekking tot vrijheidsbeperking op psychogeriatrische patiënten te verkrijgen, maar tevens in het functioneren daarvan in de praktijk.

Gekozen werd voor Ontario, omdat bekend was dat deze provincie, die overigens een eigen jurisdictie kent, uitgebreide wetgeving op het terrein van vrijheidsbeperking heeft. Deze wetgeving lijkt in opzet enigszins op die van Nederland, maar onderscheidt zich daarvan ook zodanig dat een vergelijking interessant werd. Bovendien is de demografische opbouw van Ontario eveneens vergelijkbaar met die van Nederland, zodat men ook hier geconfronteerd wordt met een snel toenemende vergrijzing en een daarmee gepaard gaande toename van de psychogeriatrische problematiek.

Het onderzoek werd niet gefinancierd door een externe opdrachtgever.

In de definitieve opzet van dit proefschrift is deze uitgebreide rechtsvergelijking uiteindelijk achterwege gelaten, omdat de omvang van het totale onderzoek anders te groot zou worden. Wel is een korte weergave van enkele resultaten in Ontario terug te vinden in hoofdstuk 10 en wel in paragraaf 10.6. De wijze waarop de wetgeving aldaar is vormgegeven kan nog steeds ter inspiratie dienen, al is voor een uitgebreide analyse en gefundeerde uitspraken over de effectiviteit van de wetgeving geen ruimte.

9. *Implementatie Wet bopz in verzorgingshuizen II; een onderzoek naar de mogelijkheden voor verantwoorde toepassing van vrijheidsbeperkingen door het hele verzorgingshuis* (2003).¹⁵

In dit vervolgproject van het eerste onderzoek naar de implementatieproblematiek van de Wet bopz in verzorgingshuizen werd bekeken in hoeverre het mogelijk is de Wet bopz toe te passen in het hele verzorgingshuis, in plaats van op een enkele afdeling. Dit onderzoek werd verricht in opdracht van Arcades die daartoe subsidie heeft aangevraagd aan het MJA-fonds.

10. *Onderzoek naar de praktijk van toepassing vrijheidsbeperkingen bij psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is* (2004).¹⁶

Dit onderzoek werd verricht in opdracht van de directies ouderenzorg en gehandicaptenzorg van het ministerie van VWS. Het onderzoek had tot doel de problematiek in kaart te brengen met betrekking tot vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is. In concreto betrof dit een onderzoek naar de schaal waarop vrijheidsbeperkingen worden toegepast, welke procedures de praktijk daarbij hanteert en welke problemen worden ervaren. Ook werden de juridische kaders waarbinnen

¹⁴ Over dit onderzoek is nog niet gepubliceerd.

¹⁵ Arends, L.A.P. en T. Stigter, 2003.

¹⁶ Arends, L.A.P., Beperkt door zorg, 2004.

vrijheidsbeperking kan plaatsvinden nader geanalyseerd, en werd bekeken in hoe-verre nieuwe regelgeving voor deze (niet-bopz) sectoren noodzakelijk is.

Bij de opzet van de onderzoeken die vanaf 2001 hebben plaatsgevonden is nadrukkelijk rekening gehouden met het feit dat zij later tevens onderdeel zouden vormen van dit proefschrift. De onderzoeken zijn daarom zodanig uitgevoerd dat de gegevens goed met elkaar konden worden vergeleken en samengesmeed tot een geheel. In dit proefschrift zullen de onderzoeken dan ook verder niet afzonderlijk worden beschreven.

1.4 Plan van aanpak

Het proefschrift is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 volgt een overzicht van de gebruikte onderzoeksmethoden en een typering van het onderzoek. Hoofdstuk 3 gaat in op de aandoening dementie en bespreekt de belangrijkste aspecten van de organisatie van de psychogeriatrische zorg. Deze achtergronden zijn van belang teneinde de problematiek met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperkingen te kunnen doorgronden.

In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de eerste deelvraag en wel op twee niveaus. Allereerst wordt bekeken welke beginselen een rol zouden moeten spelen bij regelgeving die betrekking heeft op vrijheidsbeperkingen bij psychogeriatrische patiënten. Vervolgens komen uitgangspunten voor goede regelgeving aan de orde. Het aldus gecreëerde theoretisch kader geldt als toetssteen voor het beoordelen van de wetgeving die in dit proefschrift besproken wordt.

In hoofdstuk 5 tot en met 9 volgt een uitwerking van de relevante wetgeving. De deelvragen twee, drie en vier worden daarmee beantwoord. Daarbij is voor de volgende opzet gekozen. In ieder hoofdstuk staat een *thema* centraal dat van belang is bij toepassing van vrijheidsbeperkingen op psychogeriatrische patiënten. Hoofdstuk 5 start met de *vertegenwoordiging* van patiënten, omdat zoals hiervoor reeds werd aangegeven zorgbeslissingen veelal niet door de patiënt zelf genomen worden, maar door diens vertegenwoordiger – meestal een familielid. Hoofdstuk 6 bevat relevante wetgeving met betrekking tot *opneming*. De Wet bopz is het toepasselijke wettelijke kader als het gaat om onvrijwillige opneming in instellingen die aangemerkt zijn als psychiatrisch ziekenhuis (bopz-aanmerking). De regels die op de opneming en op het ontslag van toepassing zijn, vormen samen de externe rechtspositieregeling van de Wet bopz. Naast de Wet bopz is ook de Wgbo relevant in verband met opneming in zorginstellingen en komt in het hoofdstuk daarom eveneens aan de orde.

Hoofdstuk 7 behandelt de wettelijke kaders met betrekking tot *vrijheidsbeperking* zelf. Het gaat hier om de zogeheten interne rechtspositieregeling van de Wet bopz. Daarnaast worden tevens de Wgbo en het algemene overeenkomstenrecht besproken.

Hoofdstukken 8 en 9 gaan in op twee instrumenten die moeten waarborgen dat het recht ook wordt nageleefd, te weten *toezicht* en *klachtrecht*. Hoofdstuk 8 bespreekt de kaders die betrekking hebben op de Inspectie voor de gezondheidszorg: de Gezondheidswet, de Wet bopz, de Kwaliteitswet zorginstellingen en de Wet big. In hoofdstuk 9 worden de klachtenregelingen van de Wet bopz en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector uitgewerkt.

De vijf themahoofdstukken volgen steeds hetzelfde stramien. Allereerst wordt het wettelijk kader uiteengezet aan de hand van de wetteksten, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur. Voorts wordt de praktijk besproken die aan de hand van empirisch onderzoek in kaart is gebracht. In de derde plaats volgt een beoordeling van het

Hoofdstuk 1

wettelijk kader aan de hand van theorie en praktijk, waarbij het kader dat in hoofdstuk 4 is geformuleerd als toetssteen geldt.

Het boek wordt afgesloten met een hoofdstuk waarin de uitkomsten van dit onderzoek per thema worden geresumeerd en de vraag wordt beantwoord in hoeverre aanvullende of zelfs nieuwe wetgeving met betrekking tot het waarborgen van de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperkingen noodzakelijk is. Met dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op de laatste deelvraag en tevens op de probleemstelling.

2. ONDERZOEKSOPZET

2.1 Inleiding

Het beschrijven van de wijze waarop een onderzoek is uitgevoerd en vooral de beweegredenen om dit op een bepaalde manier te doen, is voor veel onderzoekers een lastige opgave. Wellicht is dat voor juristen dikwijls één van de redenen om daar bij het beschrijven van een onderzoek maar niet al te veel aandacht aan te besteden en zo snel mogelijk over te gaan op de inhoud. Overigens ontbreekt het juristen ook veelal aan gereedschap om een adequate beschrijving te geven. Onderzoeksmethoden nemen in de curricula van de meeste juridische faculteiten geen prominente plaats in. Er is weliswaar wel aandacht voor methodeleer, maar een vak 'methoden en technieken', zoals in de sociale wetenschappen gebruikelijk is, ontbreekt vooralsnog.¹ Over de methode van de rechtswetenschap bestaat bovendien geen consensus.²

Het ontbreken van systematische beschrijvingen van onderzoeksmethoden in de juridische wetenschap heeft vaker tot de opvatting onder niet-juristen geleid dat de rechtsgeleerdheid geen wetenschap is. Thans is het wetenschappelijke karakter van de rechtsgeleerdheid ook door juristen (opnieuw) op de agenda gezet. Stolker heeft hier in 2003 in het Nederlands Juristenblad het voortouw in genomen.³

Uit deze publicatie en andere die sindsdien over dit onderwerp gevolgd zijn lijkt in ieder geval overeenstemming te bestaan over het feit dat de rechtsgeleerdheid meer aandacht zou moeten besteden aan het gebruik van onderzoeksmethoden en daarbij zou kunnen leren van andere wetenschappen. Juristen dienen meer inzicht te geven in de wijze waarop conclusies tot stand komen. Daarmee worden die conclusies toetsbaar. In de discussie die in de verschillende publicaties die over het onderwerp plaatsvindt bestaat vooral verschil van mening over de onderzoekstechnieken die kunnen worden gebruikt en welke conclusies daaruit kunnen worden getrokken.⁴

In dit hoofdstuk wil ik niet zozeer een inhoudelijke bijdrage leveren aan deze discussie – die overigens zeer wenselijk en zinvol is – maar is de primaire doelstelling om inzichtelijk te maken hoe het onderzoek is opgezet en uitgevoerd. Aldus kunnen de validiteit en betrouwbaarheid van de uitspraken die worden gedaan worden beoordeeld.

In de inleiding van dit proefschrift werd aangekondigd dat de probleemstelling wordt uitgewerkt in vijf themahoofdstukken. Bij elk van deze thema's worden op vier niveaus uitspraken gedaan over recht en wel:

1. Uitspraken over wat recht is en dan in het bijzonder met betrekking tot de wettelijke kaders die bij ieder thema van toepassing zijn;
2. Uitspraken over hoe het recht met betrekking tot ieder thema in het veld wordt gehanteerd;

¹ Barendrecht, J.M., J. Vranken, W. Boom, van, et al., 2004.

² Heijden, P.F., van der, 2004.

³ Stolker, C.J.J.M., 2003. In 2004 werd in het Nederlands Juristenblad zelfs een themanummer aan dit onderwerp gewijd (nr. 28, 2004, jaargang 79).

⁴ Zie onder andere Stolker, C.J.J.M., 2003, 2004, Franken, H., 2004, Geest, G., de, 2004, Barendrecht, J.M., J. Vranken, W. Boom, van, et al., 2004.

Hoofdstuk 2

3. Uitspraken over de kwaliteit van de relevante wettelijke kaders op grond van uitspraken over de inhoud van het recht en de hantering van het recht;
4. Uitspraken over hoe de wetgeving zou kunnen worden aangepast.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 2.2 wordt aan de hand van literatuur over evaluaties beschreven hoe de aard van dit onderzoek geduid kan worden. In de daaropvolgende paragrafen wordt een overzicht gegeven van de instrumenten die gebruikt zijn om de onderzoeksvragen te kunnen beantwoorden. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

2.2 Typering onderzoek

2.2.1 Systematische wetsevaluaties

In hoofdstuk 1 werd verwoord dat dit proefschrift het product is van verschillende onderzoeksprojecten. De meeste onderzoeksprojecten die aan het proefschrift ten grondslag liggen vormden onderdeel van wetsevaluaties of lagen in het verlengde hiervan. Wetsevaluaties zijn in de gezondheidszorg een betrekkelijk nieuw fenomeen. De evaluatie van de Wet bopz in 1996 was de eerste.⁵ Wetten zijn echter al sinds begin jaren zeventig op diverse terreinen van onze samenleving regelmatig onderwerp van evaluatiestudies.⁶ Vooral sinds de tweede helft van de jaren tachtig heeft het wetsevaluatieonderzoek een grote vlucht genomen.⁷ In 1989 adviseerde de Commissie Deetman zelfs om over te gaan tot structurele evaluatie van wetgeving.⁸

Wetsevaluatie kan worden gezien als een bijzondere vorm van beleidsevaluatie. Wetgeving is immers de resultante van overheidsbeleid.⁹ Er bestaan verschillende vormen van evalueren. Een standaarddesign is er niet.¹⁰ De ene methode is wetenschappelijker dan de andere. Een evaluatie kan bijvoorbeeld soms slechts gebaseerd zijn op een subjectieve beoordeling van een wet. Dit gegeven prikkelde Winter in zijn proefschrift tot het introduceren van een nieuwe term om het kaf van het koren te scheiden, te weten systematische evaluatie.¹¹ Systematische wetsevaluatie kan worden omschreven als 'het ex post beoordelen van de in empirisch onderzoek waargenomen inhoud, uitvoering en effecten van een wet aan de hand van bepaalde criteria.'¹² Kenmerkend is dat waarneming en beoordeling plaatsvinden met behulp van wetenschappelijke onderzoeksmethoden. Die hoeven niet per se juridisch van aard te zijn, maar kunnen bijvoorbeeld ook sociaal-wetenschappelijk, economisch, beleidskundig of organisatiekundig van opzet zijn.

In strikt juridisch evaluatieonderzoek gaat het dan onder meer om een beoordeling van de formele gelding van rechtsregels, een beoordeling van de materiële gelding en een oordeel over de adequaatheid van keuzen met betrekking tot de toedeling van be-

⁵ Zie over wetsevaluaties in de zorg onder andere Gevers, J.K.M., 1997, Legemaate, J., 1997, Winter, H.B., 1997, Hendriks, 2000.

⁶ Zie onder andere Andriessen, J.H.T.H., J.M.J. Baaijens, E.M.H. Hirsch Ballin en I.T.M. Snelten, 1987.

⁷ Winter, H.B., 1996, p. 57.

⁸ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1990/1991, p. 17-18.

⁹ Bressers, J.T.A. en A. Hoogerwerf, 1995, Korsten, A.F.A., 1987.

¹⁰ Zie onder andere Oosting, M., 1987, p. 30-31.

¹¹ Winter, H.B., 1996, p. 58.

¹² Winter, H.B., 1996, p. 61.

voegdheden, van de handhavingsprocedures en van de rechtsfiguren die in de regeling aan de orde komen.¹³

De meeste onderzoeksprojecten die aan de basis hebben gestaan van dit proefschrift kunnen worden gekwalificeerd als systematische wetsevaluaties.¹⁴ In veel gevallen betrof het echter een onderdeel van een systematische wetsevaluatie en geen evaluatie van een hele wettelijke regeling.

Ook in het proefschrift is niet zozeer uitgegaan van volledige wetten, als wel van een aantal elementen die bepalend zijn voor de wijze waarop rechtsbescherming van psychogeriatrische patiënten gestalte krijgt bij toepassing van vrijheidsbeperkingen. Die elementen zijn voorts samengebracht in vijf thema's waarop de focus in dit proefschrift is gericht. Per thema werden echter wel de wettelijke kaders geëvalueerd. Daarmee is het onderzoek geen systematische wetsevaluatie in de strikte zin van het woord, maar 'schurkt' het daar wel tegenaan, aangezien gebruikt is gemaakt van dezelfde onderzoekstechnieken. Deze benadering heeft als voordeel dat nadrukkelijk rekening gehouden kan worden met de samenloop van verschillende regelingen bij ieder thema. Winter wees er na de eerste bopz-evaluatie op dat bij toekomstige evaluaties de 'verknootheid' van regelgeving expliciet in aanmerking genomen zou moeten worden en pleitte bovendien voor een meer generieke evaluatie vanuit een bepaalde invalshoek.¹⁵ Dit onderzoek voldoet aan deze aanbevelingen, zodat de onderlinge verbanden en tegenstellingen van wettelijke regelingen beter in beeld kunnen worden gebracht.

2.2.2 Nadere duiding

Er zijn drie typen systematische wetsevaluaties te onderscheiden. De meest eenvoudige vorm is de doelbereikingsstudie, waarbij wordt nagegaan of de doelen van een wet bereikt zijn. Oosting wijst erop dat dit op drie niveaus kan gebeuren. In de eerste plaats kan worden onderzocht wat de doelen *met* de wet in het algemeen zijn, waarbij de vraag wordt beantwoord waarom voor de wet als instrument gekozen is. Het gaat dan bijvoorbeeld om het waarborgkarakter van de wet in de relatie tussen overheid en burger, en de democratische legitimatie van de formele wet gezien de procedure van totstandkoming. In de tweede plaats kan worden bekeken wat de doelen *van* de wet zijn. De considerans van de wet, de algemene karakteristiek en de plaats in het rechtssysteem kunnen daarvoor aanknopingspunten zijn. In de derde plaats zijn doelen *in* de wet belangrijk, waarbij het gaat om de specifieke en uitgewerkte analyse van wat de wetgever met de wet voor ogen staat.¹⁶

¹³ Snellen, I.T.M., 1987, p. 50-51.

¹⁴ Dit geldt in ieder geval niet voor de rechtsvergelijkende literatuurstudie over vervangend beslissen bij wilsonbekwame patiënten, omdat hier geen sprake was van empirisch onderzoek. Ook bij het project alternatieve regelgeving was geen sprake van empirisch onderzoek. Bij het onderzoek naar mogelijkheden voor toepassing van de Wet bopz door het hele verzorgingshuis werd weliswaar gebruik gemaakt van wetsevaluatietechnieken, maar was het doel niet het achteraf evalueren van de wet. Dit onderzoek zou wel enigszins kunnen worden omschreven als een evaluatie *ex ante*, waarbij wetten vóór het van kracht worden op hun te verwachten effecten worden gezien. Het doel kan dan zijn dat getracht wordt gewenste effecten van een wet tevoren in te schatten. Zie Korsten, A.F.A., 1987. Overigens heeft een evaluatie *ex ante* meestal een meer economische oriëntatie. Zie Sorber, A., 1993, p. 56-63 en 66.

¹⁵ Winter, H.B., 1997, p. 392.

¹⁶ Oosting, M., 1987, p. 38-39.

Hoofdstuk 2

De doelen kunnen dus worden gebruikt als beoordelingscriteria in de eindfase van de evaluatie.

Een nadeel van een studie die zich louter richt op doelbereiking is dat indien wordt vastgesteld wat de gevolgen van een wet zijn, veelal niet duidelijk is of dat ligt aan de wet en de daaraan gekoppelde maatregelen of dat dit moet worden toegeschreven aan andere, extern gelegen, oorzaken.¹⁷ Die causaliteit is meer in beeld bij de overige twee onderzoekstypen.

Het tweede type onderzoek is de effectiviteitsstudie, waarbij naast doelbereiking gepoogd wordt om een verklaring te vinden voor de opgetreden effecten.

In de derde benadering, de effectenstudie, worden de oorspronkelijke doelstellingen van de wetgever losgelaten en wordt onbevooroordeeld gekeken naar de resultaten die door de interventie teweeg zijn gebracht. In vergelijking tot de effectiviteitsstudie biedt de effectenbenadering een ruimer perspectief, omdat vooropgestelde maatstaven in eerste instantie nog ontbreken. Nadeel daarbij is echter wel dat de selectie van de te onderzoeken en te verklaren effecten gemaakt wordt op basis van niet geëxpliciteerde keuzes.¹⁸

Het door mij verrichte onderzoek laat zich het beste omschrijven als een combinatie van de laatste twee onderzoeksmethoden. Het gaat immers niet alleen om doelbereiking, maar ook om een verklaring van de opgetreden effecten. Daarentegen wordt niet uitsluitend getoetst aan de doelstellingen die door de wetgever zijn gesteld, maar zijn de wettelijke kaders tevens afgezet tegen een vooraf opgesteld theoretisch kader ten aanzien van te hanteren uitgangspunten bij het nastreven van rechtsbescherming voor psychogeriatrische patiënten. Ook Hoogerwerf wijst op de mogelijkheid van het evalueren van beleid aan de hand van algemeen aanvaarde waarden en normen. Als voorbeelden geeft hij het toetsen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en het vrijheids- en gelijkheidsbeginsel.¹⁹ Met deze toetsing raakt de studie meer aan een effectenbenadering, maar onderscheidt zich daarvan vanwege het feit dat bij dit laatste geen sprake is van een vooraf opgesteld theoretisch kader.

Met het toetsen van de wettelijke kaders aan algemene waarden en normen, kan deze evaluatiestudie in de woorden van Donker ook gekwalificeerd worden als 'kunst', waarmee zij wil aangeven dat van dergelijk onderzoek een fundamentele reflectie op de maatschappij uitgaat en deze kan voeden met nieuwe ideeën over beleid (substantiële rationaliteit). Zij plaatst dit tegenover evaluatie als kunde, waar het beleid zelf niet ter discussie staat, maar de studie meer aansluit bij de informatiebehoefte van opdrachtgevers en uitsluitend vragen worden gesteld die door betrokkenen als relevant worden ervaren (functionele rationaliteit). Het evaluatieonderzoek als kunst is niet dienstverlenend ten opzichte van de beleidsvoerders, maar ten opzichte van de maatschappij: doel is het voeden van het maatschappelijke debat.²⁰ Ook dit is een doelstelling van dit proefschrift. Met het formuleren van een theoretisch kader en het toetsen van de bestaande wettelijke kaders hieraan wil ik tevens een bijdrage leveren aan de discussie over welke uitgangspunten gehanteerd moeten worden bij wetgeving met betrekking tot patiëntenrechten.

¹⁷ Korsten, A.F.A., 1987, p. 14-15.

¹⁸ Winter, H.B., 1996, p. 68.

¹⁹ Hoogerwerf, A., 1993, p. 79-80. Zie ook Oosting die in dit verband spreekt van de eis dat gekeken moet worden naar de materiële geding van een wet. Oosting, M., 1987, p. 41.

²⁰ Donker, M., 1993, p. 289-290.

Zowel bij een effectiviteits- als bij een effectenstudie is het van belang dat in het onderzoek een causaal verband wordt vastgesteld tussen de interventie en de beschreven verandering. Drie eisen gelden daarbij, en wel samenhang, volgtijdelijkheid en afwezigheid van versturende variabelen.²¹ Bij wetsevaluaties blijkt het dikwijls een probleem om een causaal verband onomstotelijk vast te stellen, omdat geen experimenteel onderzoek kan plaatsvinden.²² Meestal gaat het er daarom meer om de verbanden aannemelijk te maken. Daarbij kan gebruik worden gemaakt van kwalitatief onderzoek, hetgeen in deze studie ook is gedaan. Desondanks ligt in dit proefschrift het accent niet op het vaststellen van causale verbanden, maar op het beschrijven van de wettelijke regelingen, het verklaren van de discrepanties tussen de uitvoering in de praktijk met datgene wat met de wet beoogd werd en met uitgangspunten waar de wet voor wat betreft psychogeriatrische patiënten in ieder geval aan zou moeten voldoen.

2.2.3 Conclusie

In deze paragraaf is getracht een typering te geven van het verrichte onderzoek. Dat blijkt niet eenduidig aan de hand van bestaande terminologieën mogelijk te zijn. Dit is niet zozeer het gevolg van het feit dat gebruik is gemaakt van een aantal eerdere onderzoeksprojecten, maar meer vanwege het feit dat gekozen is voor een thematische invalshoek, waarop (delen van) meerdere wettelijke kaders van toepassing zijn. Daardoor kan het onderzoek niet worden gekwalificeerd als een echte wetsevaluatie. Er is echter wel gebruik gemaakt van wetsevaluatietechnieken. Het onderzoek bevat elementen van zowel een effectiviteitsbenadering als een effectenbenadering.

2.3 Gebruikte onderzoekstechnieken

2.3.1 Globale omschrijving

In de inleiding van dit hoofdstuk werd reeds aangekondigd dat bij elk thema op vier niveaus uitspraken worden gedaan over de onderdelen van de wettelijke regelingen die relevant zijn bij rechtsbescherming van psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperking.

1. Uitspraken over wat recht is worden gedaan aan de hand van een beschrijving van het wettelijk kader rondom het thema.
De input hiervoor heeft plaatsgevonden aan de hand van parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur.
2. Uitspraken over de hantering van de wet in het veld vinden plaats aan de hand van een beschrijving waarop in de praktijk uitvoering is gegeven aan dat wettelijk kader. Van belang is daarbij op te merken dat het met de beschrijving van de praktijk nadrukkelijk niet de bedoeling was om het veld te beoordelen, maar om de uitkomsten te gebruiken zodat een uitspraak kan worden gedaan over de kwaliteit van het wettelijk kader. In de meeste gevallen is het materiaal hier verzameld aan de hand van eigen empirisch onderzoek. Waar nodig is het materiaal aangevuld met bevindingen van anderen. Dit was met name het geval bij het thema opnemings, waarnaar ik zelf weinig gericht empirisch onderzoek heb gedaan.
3. Uitspraken over de kwaliteit van relevante wetgeving vindt plaats aan de hand van een beoordeling van het wettelijk kader op basis van vooraf opgestelde criteria.

²¹ Winter, H.B., 1997, p. 385.

²² Zie Sorber, A., 1993, p. 68. Hij wijst er bovendien op dat veelal niet voldoende tijd beschikbaar is om de causaliteit vast te stellen. Zie ook Winter, H.B., 1996, p. 69-71.

Hoofdstuk 2

De gegevens voor deze fase bestonden uit de resultaten van de eerste twee. Deze werden vervolgens getoetst aan vooraf gestelde criteria.

4. Uitspraken over de wijze waarop het wettelijke kader zou dienen te worden aangepast worden voornamelijk gedaan in het laatste hoofdstuk en komen als volgt tot stand:
 - door het verklaren van de conclusies aan de hand van de uitkomsten van het onderzoek; en
 - door het bieden van handreikingen voor verbetering.

De input van het laatste hoofdstuk bestaat uit de gevonden resultaten uit de eerdere hoofdstukken, en is voor wat betreft de laatste fase aangevuld met literatuurstudie van bevindingen van anderen en suggesties die vanuit het veld zijn aangedragen.

Hoewel de dataverzameling voor dit proefschrift grotendeels heeft plaatsgevonden door gebruikmaking van verschillende onderzoeksprojecten en het daardoor ondoenlijk is de onderzoeksopzet van al deze projecten hier afzonderlijk te beschrijven, kan toch een globaal overzicht worden gegeven van de methoden en technieken die zijn gebruikt. Met name bij de onderzoeken die sinds 2001 zijn uitgevoerd is steeds op een soortgelijke wijze gewerkt om de onderlinge vergelijkbaarheid van de gegevens zo groot mogelijk te houden. Hieronder volgt een beschrijving.

2.3.2 Literatuuronderzoek

Het literatuuronderzoek dat ten behoeve van dit proefschrift is onder te verdelen in vier gedeelten.

Het eerste deel betrof een verkenning naar de zorgvormen en zorgproducten die de afgelopen jaren voor psychogeriatrische patiënten zijn ontwikkeld. Inzicht in de zorg voor psychogeriatrische patiënten was noodzakelijk teneinde te kunnen achterhalen waar mogelijk vrijheidsbeperkingen worden toegepast. Het zorgspectrum voor psychogeriatrische patiënten wordt besproken in hoofdstuk 3. Voor dit onderdeel zijn artikelen bestudeerd in het tijdschrift voor gerontologie en geriatrie en verder medische boeken, literatuur over de organisatie van de zorg, alsmede een aantal rapporten over de inrichting en organisatie van de zorg.

Het tweede deel van het literatuuronderzoek is verricht om een theoretisch kader te kunnen schetsen. Dit wordt beschreven in hoofdstuk 4. Het kader valt uiteen in twee gedeelten. Allereerst wordt een voorstel voor een inhoudelijk theoretisch kader besproken dat kan worden gebruikt om wetgeving die bepalend is voor de rechtsbescherming van psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperking mee te beoordelen. Hiertoe is literatuur bestudeerd met betrekking tot rechtsbeginselen in de gezondheidszorg, maar ook algemene literatuur over rechtsbeginselen. Daarnaast zijn teksten bestudeerd met een meer ethische invalshoek.

Het theoretische kader wordt gebruikt om wetgeving te toetsen. Van belang was het daarom tevens om criteria te formuleren waaraan de wetgeving dan moet voldoen. Hieruit bestaat het tweede gedeelte van hoofdstuk 4. Bronnen voor dit onderdeel waren de aanwijzingen voor goede regelgeving²³, alsmede wetenschappelijke literatuur over kwaliteit van regelgeving.

Het derde deel van het literatuuronderzoek had tot doel een zo volledig inzicht te verkrijgen in de betekenis en reikwijdte van het juridische kader met betrekking tot de vijf thema's. Daarbij is vooral onderzocht wat de betekenis is voor psychogeriatrische pati-

²³ Aanwijzingen voor de regelgeving, 1998.

enten. Daartoe zijn steeds de relevante wetteksten bestudeerd, alsmede alle kamerstukken inzake relevante wetgeving. Het ging hierbij onder meer om de Wet bopz, de Wgbo, de Wet mentorschap, de Kwz, en de Wkcz. Daarnaast is, waar die voorhanden was, ook jurisprudentie bestudeerd. Ten behoeve van het jurisprudentieonderzoek zijn het (k)BJ, het tijdschrift voor Gezondheidsrecht en de Nederlandse Jurisprudentie (NJ) geraadpleegd. Verder is per thema wetenschappelijke literatuur bestudeerd.

Het vierde deel komt in het slothoofdstuk aan de orde. Het betreft hier een overzicht van literatuur waarin oplossingen worden aangedragen voor geconstateerde tekortkomingen in de wetgeving met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperkingen.

2.3.3 Kwantitatieve onderzoeksmethode

Bij vier van de verrichte studies zijn kwantitatieve onderzoeksmethodes gebruikt. Hieronder worden drie van de vier studies besproken. De vierde studie, de samenloop van de Wet bopz en de Wkcz, wordt hier niet uiteengezet, omdat de opzet van dit onderzoek afwijkt van de overige en de uitkomsten van dit onderzoek geen substantieel deel uitmaken van dit proefschrift.

De enquêtes in verpleeghuizen en op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is hadden twee doeleinden. De eerste was het onderzoeken in welke mate vrijheidsbeperkingen bij de onderzochte zorgaanbieders voorkomen. De tweede betrof het verkrijgen van een globaal inzicht in de wijze waarop het zorgsysteem ten aanzien van vrijheidsbeperking is ingericht. Bij de enquête onder verzorgingshuizen tijdens het onderzoek naar de moeizame implementatie onder verzorgingshuizen werden beide aspecten ook onderzocht, maar waren dit meer nevendoelstellingen.

Een enquête was voor beide doeleinden de meest geëigende weg omdat daardoor een totaaloverzicht kon worden verkregen over het voorkomen van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten en de wijze waarop daarmee wordt omgegaan in alle sectoren die te maken hebben met psychogeriatrische patiënten.

Het kwantitatieve onderzoeksgedeelte is steeds uitgevoerd voorafgaand aan of tijdens de kwalitatieve onderzoeksfase. Voordeel daarvan was dat tijdens de interviews kon worden ingegaan op voorlopige uitkomsten van de enquêtes, waardoor de betrouwbaarheid van de uitkomsten van het onderzoek kon worden vergroot.

De vragenlijsten werden samengesteld op basis van oriënterende interviews en literatuurstudies. Bovendien werd in latere studies steeds rekening gehouden met de opzet en ervaringen van eerdere studies, zodat de resultaten van de drie enquêtes optimaal met elkaar in verband konden worden gebracht. Bij ieder onderzoek was een klankbordgroep actief aan wie de vragenlijst diverse malen werd voorgelegd. Ook werd aan enkele zorgverleners gevraagd de vragenlijst bij wijze van proef uit te proberen. Zonodig werden de vragenlijsten dan bijgesteld.

De geretournerde enquêtes zijn door verschillende personen gecodeerd, ingevoerd in SPSS en gecontroleerd.

2.3.3.1 Inhoud enquête

In alle enquêtes werd het zorgkader dat door de Wet bopz wordt voorgeschreven als uitgangspunt genomen; ook op plaatsen waar deze wet niet geldt. Deze opzet had als voordeel dat een breed inzicht kon worden verkregen in de wijze waarop de zorg met betrekking tot vrijheidsbeperkingen is georganiseerd. Ook konden de verschillende zorgaanbieders met elkaar worden vergeleken.

De vragen werden per thema gerangschikt. De belangrijkste thema's waren:

Hoofdstuk 2

– *Algemeen*

De algemene vragen waren bedoeld om het profiel van de instelling te kunnen bepalen. Vragen die aan de orde kwamen waren onder meer het aantal psychogeriatrische patiënten, welke zorgproducten betrekking hadden op psychogeriatrische patiënten, en door wie de vragenlijst werd ingevuld.

– *Vertegenwoordiging, wils(on)bekwaamheid en zorgplan*

Hierbij werd aandacht besteed aan de vraag wie na opnemings een vertegenwoordiger krijgt, wanneer er een zorgplan wordt opgesteld, en welke items daarbij standaard worden opgenomen. Verder werden vragen gesteld teneinde te kunnen achterhalen hoe met wilsonbekwaamheid wordt omgegaan. Dit is met name bij toepassing van vrijheidsbeperkingen relevant, omdat in geval van wilsonbekwaamheid de patiënt zelf geen toestemming meer geeft voor de handeling. Het vrijheidsbeperken van de karakter van die handeling neemt dan toe. Tot slot werd ingegaan op de wijze waarop de vertegenwoordiging van patiënten is georganiseerd.

– *Vrijheidsbeperkende maatregelen*

Aan de orde kwam onder meer welke maatregelen door de respondent als vrijheidsbeperkend werden omschreven, wie in aanmerking kwamen voor vrijheidsbeperkende maatregelen en wat de belangrijkste redenen zijn om deze toe te passen. Toepassing van vrijheidsbeperking kan worden overeengekomen met de patiënt zelf of in geval van wilsonbekwaamheid met diens vertegenwoordiger. Daarnaast zijn er twee bijzondere situaties waarin vrijheidsbeperkingen kunnen worden toegepast, te weten in het kader van dwangbehandeling of in een noodsituatie.²⁴ Een aantal vragen hadden betrekking op het voorkomen van een aantal genoemde vrijheidsbeperkingen in elk van de drie beschreven situaties, de procedure die daarbij gevolgd werd en de wijze waarop de uitvoering werd georganiseerd.

– *Scholing van zorgverleners*

De vragen over dit thema hadden tot strekking te onderzoeken in hoeverre de zorgaanbieder zich inspant om de kwaliteit van zorg met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperkingen te waarborgen.

– *Klachtrecht*

De vragen inzake klachtrecht hadden onder meer betrekking op het aantal klachten, de samenstelling van de klachtencommissie en het optreden van een klachtenfunctionaris.

2.3.3.2 *Selectie respondenten*

Bij alle drie kwantitatieve onderzoeken is er steeds naar gestreefd een enquête te sturen naar alle zorgaanbieders. Bij enkele was dit echter vanwege de omvang van de sector niet mogelijk. In die gevallen is at random een selectie gemaakt waarbij de groep groot genoeg was om relevante uitspraken te kunnen doen. De enquête werd steeds geadresseerd aan het hoofd van de locatie die was aangeschreven. In de brief werd gevraagd om de enquête in te laten vullen door degene die binnen de organisatie het meeste zicht had op de materie.

De adressenlijsten van de verschillende zorgaanbieders zijn via diverse kanalen verzameld. De adressen van de verpleeghuizen met een bopz-aanmerking zijn gepubliceerd in de Staatscourant.²⁵ Van de verzorgingshuizen is ruim een kwart geselecteerd uit het bestand van alle verzorgingshuizen die geregistreerd zijn bij Arcare. De adressenlijsten van overige zorgaanbieders zijn via diverse kanalen verzameld. Een aantal is via het

²⁴ Zie voor een uitgebreidere uitleg hoofdstuk 7.

²⁵ Aanmerking als instelling bedoeld in artikel 1 Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, 2000.

Ministerie van VWS ter beschikking gesteld, een aantal konden via internet worden achterhaald, en voor andere zijn brancheorganisaties zoals Arcare ingeschakeld. Van de huisartsen zijn na bemiddeling van het Ministerie van VWS door de houder van het big-register 300 geselecteerd uit de ruim 7500 ingeschreven huisartsen. Van twee ervan bleken de adresgegevens niet meer te kloppen en ook niet te achterhalen, waarna een groep van 298 huisartsen overbleef. Ook van woonzorgcomplexen is een selectie van instellingen gemaakt. Bij de overige zorgaanbieders werden steeds allen aangeschreven.

Een aparte aanpak werd gevolgd bij de ziekenhuisafdelingen. Weliswaar werden alle ziekenhuizen aangeschreven, maar werd een selectie gemaakt van vier á vijf afdelingen waar vrijheidsbeperkingen bij psychogeriatrische patiënten volgens de respondenten uit het kwalitatieve onderzoek het meeste konden worden verwacht. Het betrof de afdelingen cardiologie, neurologie, orthopedie, interne geneeskunde, en indien aanwezig de afdeling geriatrie. Verder werd steeds een vragenlijst verzonden naar de directie van het ziekenhuis met het verzoek deze door te zenden naar een afdeling die naast de overige aangeschreven afdelingen eveneens regelmatig met vrijheidsbeperkingen te maken had.

2.3.3.3 Respons en non-respons

In onderstaande tabel is de respons opgenomen op alle vragenlijsten die in de verschillende onderzoeken zijn verstuurd.

Tabel 2-1 respons enquête, in aantallen en percentages

	Aantallen verstuurd	Reactie grote vragenlijst		Reactie non- respons		Totaal aantal reacties	
	N	N	%	N	%	N	%
Reguliere thuiszorg	100	76	76,0	19	19,0	95	95,0
Kleinsch. Woonvormen	39	28	71,8	6	15,4	34	87,2
Verpleeghuizen	325	205	63,1	20	6,2	225	69,2
Commerciële thuiszorg	55	14	25,5	24	43,6	38	69,1
Verzorgingshuizen	444	304	68,4	-	-	304	68,4
Woonzorgcomplexen	187	84	44,9	34	18,2	118	63,1
Huisartsen	298	80	26,8	99	33,2	179	60,1
Ziekenhuisafdelingen ²⁶	770	255	33,1	189	24,5	444	57,7

Bij de tweede bopz-evaluatie en in het onderzoek onder zorgaanbieders waarop de Wet bopz niet van toepassing is, is naast de reguliere enquête na enkele mailings ook een non-respons-vragenlijst verzonden. Met behulp van deze korte vragenlijst kon achterhaald worden of zorgaanbieders die de vragenlijst niet invulden bijzondere kenmerken hadden en of de gegevens derhalve moesten worden gecorrigeerd. Bij het onderzoek naar de moeizame implementatie van de Wet bopz in verzorgingshuizen werd een non-respons-enquête, gezien het hoge percentage respondenten dat aan het onderzoek deelnam, niet nodig geacht. Dit was bovendien vanwege het korte tijdsbestek waarbinnen het onderzoek moest plaatsvinden ook moeilijk haalbaar.

²⁶ Het totaal aantal benaderde ziekenhuislocaties betrof 148. Van deze ziekenhuizen is van 144 een reactie ontvangen, waardoor de respons over de ziekenhuizen als geheel 97,3% betrof.

Uitsluitend bij het onderzoek onder zorgaanbieders die niet onder de reikwijdte van de Wet bopz vallen is enige vertekening aangetroffen onder degenen die de vragenlijst niet retourneerden. Een aantal zorgaanbieders bleek ofwel geen psychogeriatrische patiënten te hebben ofwel volgens eigen zeggen geen vrijheidsbeperkingen toe te passen. De resultaten van het onderzoek zijn hiervoor gecorrigeerd.

2.3.4 Kwalitatieve onderzoeksmethode

Doel van het kwalitatieve onderzoek was steeds het in kaart brengen van de zorgpraktijk inzake toepassing van vrijheidsbeperkingen bij psychogeriatrische patiënten. Met de kwalitatieve onderzoeksmethode kan inzicht worden verkregen in de handelingen, ervaringen, belevingen en gedragingen van zorgaanbieders met betrekking tot de organisatie van de zorg aan psychogeriatrische patiënten. Deze methode was voor dit onderzoek daartoe meer geschikt dan andere methoden, omdat hiermee meer diepgang kon worden bereikt. Het gaf de mogelijkheid variaties in de zorgverlening en specifieke knelpunten daarin naar boven te halen. Bijzondere aandachtspunten in het kwalitatieve onderzoek waren de ervaringen van zorgverleners en vertegenwoordigers met het toepassen van vrijheidsbeperkingen, welke grenzen men hanteert in de zorg die binnen de eigen setting aan psychogeriatrische patiënten verleend kan worden, de klachtmogelijkheden, en tot slot de behoefte die bestaat aan een (duidelijker) wettelijk kader.

Het kwalitatieve onderzoek is deels opgezet aan de hand van de Delphi-methode.²⁷ De kern van deze onderzoeksmethode is het systematisch streven naar consensus. Deskundigen worden onafhankelijk van elkaar ondervraagd in een aantal opeenvolgende ronden. Tussen de verschillende ronden door worden de anonieme antwoorden uit de eerste ronde als basismateriaal gebruikt voor de interviews in de tweede ronde etc. In de klassieke Delphi-methode is sprake van één groep deskundigen en verschillende ronden vraaggesprekken om de mate van overeenstemming optimaal te krijgen.

De in onderhavige onderzoeken gebruikte methode wijkt van deze 'klassieke' Delphi-methode af vanwege het feit dat de aanpassing de methode minder tijdrovend maakte, zonder dat dit ten koste ging van de kwaliteit van het onderzoek.

De methode is als volgt aangepast. Er heeft één ronde van interviews plaatsgevonden met een groot aantal respondenten die ter zake deskundig waren. In de vervolgfase is gekozen voor het organiseren van een invitational conference. Deze conference had vooral verificatie van de gegevens tot doel. Hieronder volgt een beschrijving van beide onderdelen.

2.3.4.1 Interviews

Selectie en respons

Bij alle zorgvormen is ernaar gestreefd om in tenminste vier instellingen interviews af te nemen. Het meest is geïnterviewd in verzorgingshuizen. In deze sector is geïnterviewd in het kader van de tweede bopz-evaluatie, maar ook om te onderzoeken in hoeverre de Wet bopz zou kunnen worden toegepast binnen de hele instelling, in plaats van op een enkele afdeling. In totaal hebben hier interviews plaatsgevonden in elf instellingen.

Bij de selectie van de zorgaanbieders die zijn bezocht is in ieder geval rekening gehouden met het feit dat zorg werd geboden aan psychogeriatrische patiënten, met de geo-

²⁷ Maassen, P.A.M. en F.A. Vught, van, 1984. De Delphi-methode wordt overigens ook beschouwd als een zeer geschikt instrument bij een evaluatie ex ante. Zie Oosting, M., 1987, p. 32.

grafische ligging, en met het gegeven dat er ervaringen waren met toepassing van vrijheidsbeperking. Verder zijn afhankelijk van de gestelde onderzoeksvragen soms extra selectiecriteria gehanteerd. In het onderzoek onder verzorgingshuizen werd bijvoorbeeld als criterium gehanteerd dat het verzorgingshuis meer dan vijftien psychogeriatrische patiënten had. Daarnaast werden huizen geselecteerd op het niet hebben van een bopz-aanmerking, of het juist wel hebben van een aanmerking, alsmede op de vraag of het een verpleegunit betrof dan wel een meerzorgafdeling.

In de meeste gevallen zijn de instellingen at random telefonisch benaderd met de vraag om mee te werken.²⁸

Het vinden van zorgaanbieders die aan het onderzoek wilden meewerken was bij vrijwel alle te benaderen groepen een probleem. Uit de reacties die telefonisch op het verzoek werden gegeven bleek dat de belangrijkste redenen om niet mee te werken waren: geen tijd, men had andere prioriteiten, er werden niet of nauwelijks vrijheidsbeperkende maatregelen toegepast, of men verleende niet of nauwelijks zorg aan psychogeriatrische patiënten. Desondanks werden uiteindelijk voldoende deelnemende zorgaanbieders vergaard. Als een zorgaanbieder wilde meewerken, was het in het algemeen geen probleem om binnen de organisatie voldoende respondenten te vinden.²⁹

Bij alle zorgaanbieders zijn interviews gehouden met personen die op verschillende niveaus betrokken waren bij de zorg voor psychogeriatrische patiënten.

Het betrof onder andere:

- artsen: verpleeghuisartsen, huisartsen en/of specialisten (arts)³⁰,
- verzorgenden en verpleegkundigen (verz),
- managers, directeuren, afdelingshoofden en beleidsmedewerkers (man),
- klachtenfunctionarissen of leden van de klachtencommissie (klacht),
- Vertegenwoordigers van psychogeriatrische patiënten (verteg).

In sommige gevallen is op initiatief van de instelling daarnaast ook gesproken met andere zorgverleners binnen de instelling, die direct of indirect te maken hadden met toepassing van vrijheidsbeperkingen of de Wet bopz in het algemeen, zoals een psycholoog of een maatschappelijk werkende.

Bij het tweede bopz-evaluatieonderzoek dat betrekking had op het functioneren van het klachtrecht zijn naast interviews binnen instellingen vijftien interviews gehouden met zogeheten sleutelfiguren. Dit waren vertegenwoordigers van brancheorganisaties, de Inspectie en de wetenschap die deskundig waren ten aanzien van het klachtrecht of die een specifieke deskundigheid van het veld hadden.

²⁸ Dit is niet gebeurd in die situaties waarin de onderzoeksvraag een specifieke selectie noodzakelijk maakte en in enkele gevallen waarin op deze manier onvoldoende respondenten gevonden konden worden.

²⁹ Bij het onderzoek onder zorgaanbieders waar de Wet bopz niet van toepassing is, bleek het echter lastig om vertegenwoordigers van psychogeriatrische patiënten te vinden die hun medewerking verleenden aan dit onderzoek. Vertegenwoordigers werden hier net als in de overige onderzoeken aangezocht via de zorgaanbieder, die gevraagd werd om iemand ten behoeve van het onderzoek te benaderen. Veel instellingen gaven echter aan dat zij het onderzoek voor vertegenwoordigers of patiënten zelf te belastend vonden. Soms was het verloop van de patiënten te groot om geschikte vertegenwoordigers te vinden.

³⁰ Tussen haakjes is steeds de afkorting vermeld die in Tabel 2-2 wordt gebruikt.

Hoofdstuk 2

In onderstaande tabel zijn exacte aantallen van de interviews die werden afgenomen weergegeven.

Tabel 2-2 Geïnterviewde personen

Zorgaanbieder	Aantal	Man	Arts ³¹	Verz	Verteg	Klacht	Overig	Totaal
Verpleeghuizen 1996	4	4	3	4	4	5		20
Verpleeghuizen 2002	4	7	6	5	4	3	3	28
Verzorgingshuizen 2002	2	2	1	1	1	1	1 ³²	7
Verzorgingshuizen 2003	9	15	9	32	15	0	0	71
WZC	4	4	0	9	2	0	1	16
KWV	1	2	0	1	1	0	0	4
Thuiszorg	4	7	0	6	0	0	1	14
Ziekenhuizen	5	14	7	7	0	0	0	28
Huisartsen	4	0	4	0	0	0	0	4
Sleutelfiguren	-	-	-	-	-	-	15	15
Totaal	37	48	37	65	27	9	18	207

Werkwijze

De interviews namen één tot twee uur in beslag en waren semi-gestructureerd van opzet. De reden hiervoor was dat semi-gestructureerde interviews bij de verwerking van gegevens meer mogelijkheden bieden voor onderlinge vergelijking. Aan de andere kant biedt een semi-gestructureerde vragenlijst weer meer mogelijkheden voor verdieping dan volledig gestructureerde vragen. De interviews zijn weliswaar door verschillende onderzoekers afgenomen, maar ieder maakte gebruik van dezelfde vragenlijst. De meeste interviews zijn door twee personen afgenomen. Van alle gesprekken zijn geluidsopnames gemaakt en deze zijn verbatim uitgewerkt in een onderzoeksverslag. Ieder onderzoeksverslag is vervolgens per thema onderverdeeld en wel zodanig dat uitspraken met elkaar konden worden vergeleken. Bij het coderen van de interviews is gebruik gemaakt van het kwalitatieve onderzoeksprogramma Atlas.

Inhoud interviews

Doel van de gestelde vragen was te achterhalen hoe de verplichtingen die de Wet bopz stelt naar de praktijk werden vertaald en wat de ervaringen hiermee waren. Net als tijdens de kwantitatieve onderzoeksfase werd het kader van de Wet bopz ook bij het onderzoek naar toepassing van vrijheidsbeperkingen op plaatsen waar deze wet niet van toepassing is als uitgangspunt genomen. Op deze manier kon een optimale vergelijking tussen alle verschillende zorgaanbieders plaatsvinden ten aanzien van de kwaliteit van zorg bij toepassing van vrijheidsbeperking en ten aanzien van de mate van rechtsbescherming.

De inhoud van de vragenlijst bestond uit vaste items die per respondent waren aangepast aan de kennis, expertise en ervaringen. Doel van de gestelde vragen was te achterhalen hoe de zorg aan psychogeriatrische patiënten plaatsvond, met daarbij speciale aandacht voor toepassing van vrijheidsbeperkingen. Verder werd gevraagd naar beleid

³¹ In de verpleeghuizen en verzorgingshuizen betrof het steeds verpleeghuisartsen, waarbij deze in de verzorgingshuizen meestal slechts een consultatiefunctie vervulden.

³² Het betrof hier een interview met een bewoner.

op dit terrein en de ervaringen hiermee. De volgende onderwerpen kwamen in ieder geval aan de orde:

- *Profiel instelling*
De vragen die op dit onderwerp betrekking hadden, hadden tot doel in kaart te brengen hoe groot zorgaanbieders zijn, in hoeverre deze zorgaanbieders deel uitmaken van een grotere stichting, en in hoeverre ze speciale voorzieningen hebben getroffen voor psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten.
- *De totstandkoming van het zorgplan*
Hierbij werd aandacht besteed aan de vraag wie na opname een vertegenwoordiger krijgt, welke rol wils(on)bekwaamheid hierin speelt, wanneer er een zorgplan wordt opgesteld, welke actoren betrokken zijn bij de totstandkoming van het zorgplan, en aan wie bij het opstellen van het zorgplan om toestemming wordt gevraagd.
- *De uitvoering van het zorgplan*
Aan de orde kwam onder meer welke items standaard in het zorgplan van een bewoner worden opgenomen, in hoeverre middelen en maatregelen worden toegepast; of er dwang wordt gebruikt en of dit geregistreerd en gemeld wordt en hoe de informatieverstrekking verloopt naar bewoner en vertegenwoordiger over de zorg in het algemeen en over vrijheidsbeperkingen in het bijzonder. Speciale aandacht daarbij was in hoeverre dwang werd gebruikt bij de toepassing van vrijheidsbeperkingen of andere delen in het zorgplan.
- *Het voorkomen van noodsituaties*
De vragen onder dit kopje hielden verband met redenen om in noodsituaties maatregelen toe te passen die niet in het zorgplan voorkomen, de frequentie waarin vrijheidsbeperkingen in noodsituaties worden toegepast en in hoeverre dit geregistreerd en gemeld wordt.
- *De toepassing van huisregels/instellingsreglementen*
De vragen over huisregels hadden tot doel te achterhalen in hoeverre enkele bijzondere vrijheidsbeperkingen, die in art. 40 bopz worden genoemd, in huisregels of reglementen vervat zijn.
- *De interpretatie van enige begrippen die de wet noemt*
De vragen rondom dit item waren deels gesloten, deels open van opzet en beoogden onder andere problemen met interpretatie van begrippen zoals gevaar en verzet uit de Wet bopz te achterhalen.
- *Activiteiten van de zorgaanbieder om de kwaliteit van zorg rondom toepassing van vrijheidsbeperking te verbeteren*
Hierbij kan men onder andere denken aan het ontwikkelen van beleid, scholing van het personeel, en het instellen van een klachtencommissie.
- *Het toezicht van de inspectie*
Naast het melden aan de inspectie werd aandacht besteed aan de wijze waarop de contacten met de Inspectie verliepen. In hoeverre werd er feedback verkregen op meldingen en in hoeverre waren er anderszins contacten met de Inspectie?
- *Klachtrecht*
Doel van de vragen over klachtrecht was te achterhalen in hoeverre klachtwaardige situaties in de praktijk voorkomen, wat de ervaringen van de respondent hiermee waren en in hoeverre de klachtenprocedure zou kunnen worden verbeterd. In de interviews over klachtrecht met sleutelfiguren dienden respondenten te reageren op vragen en stellingen die betrekking hadden op het functioneren van het bopz-klachtrecht, op het voorkomen van klachtwaardige situaties en op alternatieven of aanvullingen voor het bopz-klachtrecht.

2.3.4.2 *Invitational conferences*

Ten behoeve van dit promotieonderzoek hebben vijf invitational conferences plaatsgevonden. Vier ervan zijn in het kader van de afzonderlijke deelonderzoeken gehouden, terwijl er één betrekking had op het formuleren van een alternatieve wetgeving voor psychogeriatrische patiënten (en verstandelijk gehandicapten).³³ Voor de eerste bopz-evaluatie werd geen invitational conference gehouden, maar vonden een aantal panel-bijeenkomsten plaats met vertegenwoordigers uit alle respondentengroepen. Deze panelbijeenkomsten hadden hetzelfde oogmerk en worden daarom hier niet apart besproken.

Het doel van de invitational conferences die naar aanleiding van de deelonderzoeken werden gehouden was om de voorlopige uitkomsten en aanbevelingen van de onderzoeken ter validering voor te leggen aan diverse genodigden. Deze waren voor een deel werkzaam bij de zorgaanbieders die in ieder onderzoek centraal stonden. Daarnaast waren er een aantal andere participanten die te maken hebben met vrijheidsbeperkingen, dan wel met de toepassing van de Wet bopz in de psychogeriatric. Het betrof mensen die afkomstig waren van de Inspectie, van brancheorganisaties, van universiteiten en van het ministerie.

Op basis van de voorlopige uitkomsten werd steeds een aantal stellingen geformuleerd, die aan de genodigden, verdeeld in kleinere werkgroepen, werden voorgelegd. Bij de bespreking van de stellingen is voor kleinere groepen gekozen, omdat op deze manier de drempel om te spreken kon worden verlaagd. Aldus konden alle deelnemers vrijuit reflecteren op de stellingen.

De reacties op de stellingen zijn als volgt verwerkt. In iedere werkgroep is gediscussieerd over de stellingen onder leiding van een voorzitter. De taak van de voorzitter was om de voortgang tijdens de discussie te bewaken, te zorgen dat iedere deelnemer in voldoende mate aan bod kwam en om consensusstandpunten te formuleren.

Bij de bepaling van deze standpunten is gebruik gemaakt van een methode die wordt gebruikt door het Kwaliteitsinstituut Gezondheidszorg CBO.³⁴ Deze verliep op de volgende wijze. Naar aanleiding van de discussie formuleerde de voorzitter een gemeenschappelijk standpunt. Vervolgens vroeg hij of zij of iedereen zich met dit standpunt kon verenigen. Als deelnemers het oneens waren met het standpunt, werd dit bijgesteld of er werd een minderheidsstandpunt toegevoegd. Tot slot vond er een plenaire terugkoppeling plaats van de uitkomsten van de kleine werkgroepen, onder leiding van een dagvoorzitter. Ook hier werd getracht tot consensus te komen.

De invitational conference die ik in samenwerking met B.J.M. Frederiks organiseerde werd om een andere reden dan de overige gehouden, maar kende een soortgelijke opzet. Het doel van deze bijeenkomst was zicht te krijgen op de wenselijkheid en vorm van een alternatieve wettelijke regeling met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten. Ten behoeve van de discussie is door mij in overleg met Frederiks een schriftelijk stuk opgesteld die in de aanloop naar de conferentie een aantal malen werd becommentarieerd door een speciaal voor dit doel opgerichte klankbordgroep.³⁵ Dit stuk bestond uit een analyse van de problematiek, een overzicht van de uitkomsten van onderzoek tot dan toe en voor-

³³ De organisatie vond plaats in samenwerking met B.J.M. Frederiks.

³⁴ CBO, 2000.

³⁵ De werkgroep bestond uit vertegenwoordigers van brancheorganisaties, alsmede uit juristen en ethici werkzaam bij universiteiten.

stellen voor een verbeterde wetgeving. De bijeenkomst verliep verder op dezelfde wijze als hierboven beschreven, dus met stellingen, subgroepen en een plenaire terugrapportage. Het schriftelijk stuk en de uitkomsten van deze invitational conference hebben aan de basis gestaan van het slothoofdstuk van dit proefschrift, alsmede aan dat van Frederiks.³⁶

Van alle conferenties en panelbijeenkomsten is een uitgebreide schriftelijke rapportage gemaakt.

2.4 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de wijze waarop dit onderzoek is opgezet en de keuzes die daarbij zijn gemaakt, uiteengezet. Het onderzoek is, hoewel het niet direct als zodanig te kwalificeren is, geënt op een systematisch wetsevaluatieonderzoek en bevat elementen van zowel een effectiviteits- als een effectenbenadering. Door middel van triangulatie³⁷ is getracht een optimale validiteit en betrouwbaarheid van de uitkomsten van dit onderzoek te verkrijgen.

Tevens is de wijze beschreven waarop aan het onderzoek uitvoering is gegeven. Het is opgebouwd aan de hand van een aantal deelstudies die geheel of gedeeltelijk betrekking hadden op het onderwerp van dit proefschrift. Bij de uitvoering van de onderzoeken zijn soortgelijke instrumenten gebruikt die in dit hoofdstuk werden beschreven. In de vijf themahoofdstukken worden de resultaten van de onderzoeken besproken.

³⁶ Frederiks, B.J.M., 2004.

³⁷ Wester, F., 1995.

3. PSYCHOGERIATRISCHE ZORG

Mevrouw Van Stolberg is 86 jaar. Het laatste jaar wordt zij in toenemende mate vergeetachtig. Soms begint ze binnen tien minuten dezelfde conversatie te voeren, zonder dat zij dit zelf in de gaten heeft. Het valt haar echtgenoot en hun dochter Julia bovendien op dat zij in de afgelopen maanden veel onzekerder is geworden. Als ze een optreden heeft met haar kerkzangkoor, vraagt ze haar echtgenoot al dagen van tevoren herhaaldelijk wanneer en waar het volgende optreden plaats zal vinden. Zij durft niet alleen meer naar de plaats van uitvoering, omdat ze bang is te verdwalen. In tegenstelling tot Julia maakt meneer Van Stolberg zich echter geen zorgen. Dit is ten slotte een gewoon verschijnsel van ouder worden. Zelf is hij tien jaar jonger dan zijn vrouw. Julia dringt echter aan op een bezoek aan de huisarts.¹

3.1 Inleiding

De zorg aan psychogeriatrische patiënten vindt niet alleen plaats in verpleeghuizen. Op allerlei plaatsen krijgt men in toenemende mate met psychogeriatrische patiënten te maken. De laatste jaren worden ook steeds meer nieuwe zorgvoorzieningen voor deze patiëntengroep ontwikkeld. Dit proefschrift heeft de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperking tot onderwerp. Juridische regels kunnen naar mijn idee niet goed worden begrepen zonder dat een overzicht bestaat van het terrein en de personen waarop zij werkzaam zijn. Het doel van dit hoofdstuk is een bijdrage te leveren aan het verkrijgen van dat overzicht. Allereerst wordt ingegaan op psychogeriatrische aandoeningen. Vervolgens komt het beleid van de overheid aan de orde dat gevolgen heeft voor de spreiding van psychogeriatrische patiënten over het zorgspectrum, alsmede de inrichting van de zorg. Daarna worden een aantal portretten geschilderd van zorgvoorzieningen die met psychogeriatrische patiënten te maken hebben. Ook wordt bekeken in hoeverre in de Nederlandse literatuur een zorgvisie kan worden onderscheiden ten aanzien van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten. Het hoofdstuk eindigt met een conclusie.

3.2 Achtergronden psychogeriatric

Geriatric is een vorm van geneeskunde die zich richt op preventie, diagnostiek en behandeling van ziekten, die oorzakelijk samenhangen met veroudering of in sterke mate worden beïnvloed door veroudering. Multipathologie is daarbij kenmerkend.² Bij psychogeriatric betreft het dan preventie, diagnostiek en behandeling van psychische aandoeningen die gepaard gaan met cognitieve problemen. In verreweg de meeste gevallen gaat het in de psychogeriatric om dementie. In feite is dementie een verzamelnaam van psychogeriatrische aandoeningen.³ Gemeenschappelijk bij deze aandoeningen is het ge-

¹ De in dit hoofdstuk gebruikte casus zijn alle fictief, echter wel gebaseerd op bestaande zorgvoorzieningen en -arrangementen.

² Beekink, E., J. Gierveld en B. Meyboom-de Jong, 1999, p. 3.

³ Er zijn echter ook andere aandoeningen die onder de noemer psychogeriatric kunnen worden geschaard, zoals depressies bij ouderen - waarvan de symptomen soms aanleiding geven tot een vermoeden van dementie - delieren en amnestische syndromen. Zie

geven dat een geleidelijk of soms snel verlies van het functioneren van de hersenen optreedt, waardoor iemand op den duur niet meer in staat is de normale dagelijkse bezigheden uit te oefenen. Dementie wordt daarnaast gekenmerkt door stoornissen in het korte en lange termijngeheugen⁴, het abstractievermogen en het oordeelsvermogen en door andere stoornissen van de hogere corticale functies. Daarbij is het bewustzijn echter niet aangetast.⁵ Doordat het een combinatie van samenhangende symptomen en verschijnselen betreft is het eerder een syndroom dan een ziekte.⁶ Thans lijden volgens schattingen 184.000 mensen aan een vorm van dementie.⁷ De verwachting is dat het aantal mensen met dementie oploopt tot ruim 207.000 in 2010. Dit is mede het gevolg van dubbele vergrijzing: zowel het aantal ouderen als de gemiddelde leeftijd neemt toe.

Door een toegenomen aandacht voor geheugenproblemen en het ontwikkelen van nieuwe technieken kan dementie in een steeds vroeger stadium worden opgespoord. Dit roept echter nieuwe problemen op. Dikwijls hebben zorgverleners onvoldoende inzicht in de wensen en belangen van de betrokkenen. Het initiatief tot onderzoek wordt veelal door familieleden genomen. Ook is het mogelijk dat het vermoeden van dementie tijdens de behandeling van een andere aandoening ontstaat. Zorgverleners staan dan voor het dilemma of zij zelf wel of niet het initiatief mogen nemen tot onderzoek. Een belangrijke morele vraag daarbij is het feit dat mensen in een vroeg stadium informatie over ontwikkelingen in hun gezondheidstoestand krijgen, zonder dat deze echt beïnvloed kunnen worden. Daar staat tegenover dat een vroege opsporing crisissituaties kan voorkomen en dat reversibele psychogeriatrische aandoeningen, die qua symptomen op dementie lijken, opgespoord kunnen worden. Verder geeft een vroege diagnose een oudere de mogelijkheid om zich voor te bereiden en zaken nog te regelen en te bespreken.⁸

Er zijn verschillende vormen van dementie. De meest voorkomende is de ziekte van Alzheimer. Daarna volgen vasculaire dementie en een combinatie van beide aandoeningen. In 5% van de gevallen betreft het een andere vorm van dementie.⁹ Dementie is onomkeerbaar en sterk invaliderend van aard. Genezing is dus niet mogelijk, maar de symptomen ervan zijn wel te verminderen door de juiste keuze van zorg, begeleiding en behandeling.¹⁰

Dharmaperwira-Prins, R.I.I., M.W. Hengeveld en R.A.C. Roos, 1999, p. 167-170 en Zuidjerhoudt, R.H., 2004, p. 52-56.

⁴ Voorbeelden van stoornissen zijn een verminderd vermogen nieuwe informatie te leren (inprentingsstoornis) of zich eerder geleerde informatie te herinneren (stoornis in de reproductie). Zie Wind, A.W., J. Gussekloo, M.J.F.J. Vernooij-Dassen, et al., 2003.

⁵ Dharmaperwira-Prins, R.I.I., M.W. Hengeveld en R.A.C. Roos, 1999, p. 170-171.

⁶ Trimbos-instituut, 2002, p. 59.

⁷ Gezondheidsraad, 2002. Er zijn echter ook hogere schattingen. Volgens Beekink, E., J. Gierveld en B. Meyboom-de Jong, 1999, p. 12 lijdt 7,1% van de ouderen (65+) aan dementie. Zeker is dat dementie leeftijdgerelateerd is. Een overzicht van Dharmaperwira-Prins, R.I.I., M.W. Hengeveld en R.A.C. Roos, 1999, p. 165, laat zien dat het percentage mensen met een dementiesyndroom toeneemt van 1-2 op een leeftijd van 65-69 tot 30-40 op een leeftijd van 90 jaar en ouder.

⁸ Hoven, M.A., van den en J.J.M. Delden, van, 2002, Pot, A.M. en D. Verburg, 2000.

⁹ Alzheimer 70%, vasculair 10%, combinatie 15%. Zie Dharmaperwira-Prins, R.I.I., M.W. Hengeveld en R.A.C. Roos, 1999, p. 171.

¹⁰ Gezondheidsraad, 2002, p. 141-144.

Hoewel dementie zoals gezegd niet de enige psychogeriatrische aandoening is, is het wel de meest voorkomende. De problematiek in de psychogeriatric rondom vrijheidsbeperking betreft bovendien vooral patiënten met dementie.¹¹ Waar in dit proefschrift gesproken wordt van psychogeriatrische patiënten worden steeds patiënten met dementie bedoeld. Er is voor gekozen de termen psychogeriatric en psychogeriatrische patiënten te gebruiken, omdat deze gangbaar zijn voor deze zorgsector en patiëntencategorie.

3.3 Overheid en psychogeriatrische zorg

Dementie is in de afgelopen decennia geen speerpunt geweest in het zorgbeleid van de overheid. Desondanks is zij zich ervan bewust dat de sterke toename van het aantal ouderen in ons land in de komende decennia gepaard zal gaan met een stijging van het aantal patiënten met dementie. Teneinde te achterhalen wat deze stijging zal betekenen voor de inrichting van de zorg voor psychogeriatrische patiënten, heeft de minister van VWS in 1999 de Gezondheidsraad om een advies verzocht. In maart 2002 werd dit advies uitgebracht.¹²

In het rapport wordt gewezen op het tekort aan zorgvoorzieningen om de sterke toename van dementiepatiënten die de komende decennia wordt verwacht het hoofd te kunnen bieden. De thans bestaande ondercapaciteit van zorgvoorzieningen wordt een urgent probleem genoemd. Gesteld wordt dat tot 2010 12.900 meer plaatsen in verpleeg- en verzorgingshuizen nodig zijn dan in 2000. Het gaat om een jaarlijkse uitbreiding van bijna 1.300 instellingsplaatsen of andere voorzieningen met een vergelijkbaar niveau van professionele zorg. Dat komt overeen met ongeveer zes verpleeghuizen per jaar. De suggestie dat een deel van de zorg kan worden opgevangen door mantelzorg wijst de Gezondheidsraad krachtig van de hand. Gewezen wordt op het feit dat de zorg een dagelijkse, lichamelijk en emotioneel zware opgave is die vaak jaren duurt. Psychologische steun kan de draagkracht van mantelzorgers vergroten, maar heeft mogelijk ook het contra-effect dat zij zich bewust worden van hun beperkingen en daardoor eerder grenzen stellen. Als oorzaken voor opname in een instelling worden naast uitputting van de mantelzorg ook factoren gelegen in de toestand van de patiënt zelf genoemd. Voorbeelden zijn ernstige gedragsverstoringen, verstoring van het waak-slaapritme en volledige incontinentie. In al deze gevallen is (professionele) 24 uurszorg noodzakelijk.

Aanbevolen wordt om naast het aantal instellingsplaatsen ook de thuiszorgfaciliteiten sterk uit te breiden.

Opvallend is dat de conclusies van de Gezondheidsraad voor een deel haaks staan op het beleid dat de overheid sinds een aantal jaren in de zorg nastreeft. Dit beleid wordt aangeduid met substitutie van zorg. Substitutie is het verleggen van patiëntenstromen naar de lichtst mogelijke zorgvoorziening. Motieven hiervoor zijn onder meer kostenbeheersing en het aanbieden van de zorgvoorziening die het minst ingrijpt in het leven van betrokkene. Door substitutie van zorg is de capaciteit van intramurale voorzieningen met 16% afgenomen.

Daarnaast is er een brede maatschappelijke doelstelling om de zelfstandigheid en zelfredzaamheid van mensen in alle omstandigheden en fasen van het leven zo lang mogelijk en zoveel mogelijk te handhaven. Ook onder ouderen is de trend waarneembaar dat

¹¹ In sommige gevallen kan het ook patiënten met uitsluitend geheugenstoornissen betreffen. Zuijderhoudt geeft in zijn boek (2004, p. 53) enkele voorbeelden waarbij ook de aandoening van deze patiënten als geestesstoornis in de zin van de Wet bopz kan worden beschouwd.

¹² Gezondheidsraad, 2002.

mensen zo lang mogelijk thuis willen blijven wonen. In het verlengde hiervan is het beleid met betrekking tot de verdeling van de zorg gericht op een verschuiving van een aanbodgerichte naar een vraaggestuurde aanpak. In hun brief aan de Tweede Kamer noemen de staatssecretarissen van VWS en VROM het verbeteren van het aanbod aan wonen en zorg op maat belangrijke elementen in het vergroten van de keuzevrijheid van mensen. Zij benadrukken dat de plaats waar men woont niet bepalend moet zijn voor de zorg die men ontvangt en dat het ook niet zo kan zijn dat de zorgindicatie bepaalt waar men moet wonen. In dit verband worden zorgindicatie voor verzorging en verpleging inmiddels functiegericht en onafhankelijk van plaats gesteld.¹³

In de ouderenzorg ontstaat door deze ontwikkelingen en doordat door de dubbele vergrijzing het aantal ouderen snel toeneemt de noodzaak om tot nieuwe zorgvormen te komen. Dat geldt ook voor de zorg aan psychogeriatrische patiënten. Soms worden nieuwe zorgvoorzieningen ontwikkeld, zoals kleinschalige woonvoorzieningen, maar het komt ook voor dat binnen reguliere instellingen innovatieprojecten worden opgezet. Het kan dan gaan om projecten die zelfstandig worden ontwikkeld, zoals huiskamerprojecten binnen een verzorgingshuis. Een andere mogelijkheid is dat samenwerking wordt gezocht met zorgaanbieders vanuit verschillende sectoren. Een voorbeeld daarvan is samenwerking tussen thuiszorg en verpleeghuizen om verpleeghuiszorg thuis te kunnen bieden gedurende de periode dat iemand op een wachtlijst staat om te worden opgenomen.¹⁴

De transitie van de zorg, dat wil zeggen de overgang naar een nieuwe inrichting met meer semi-murale en transmurale voorzieningen, is nog volop gaande. Daardoor is de beschikbare informatie beperkt.¹⁵ In de volgende paragrafen volgt een overzicht.

3.4 Zorg voor psychogeriatrische patiënten thuis

Als mevrouw Van Stolberg bij de huisarts komt vanwege een maagprobleem, klaagt zij over haar vergeetachtigheid. Tijdens de anamnese merkt de huisarts dat zij enkele malen opnieuw haar klachten begint te vertellen zonder dat zij dit zelf in de gaten heeft. De huisarts vraagt of zij zich zorgen maakt. Mevrouw Van Stolberg bevestigt dit: zij is bang dat zij belangrijke zaken gaat vergeten en bovendien denkt ze dat ze misschien Alzheimer heeft. Hoewel haar echtgenoot geen onderzoek wenst, zet de huisarts toch door. Het onderzoek wordt niet door hemzelf verricht, maar door de geheugenpolikliniek die in het nabijgelegen ziekenhuis is gevestigd.

Nadat blijkt dat mevrouw Van Stolberg inderdaad de ziekte van Alzheimer heeft, wordt een zorgtraject uitgezet. In het gezondheidscentrum waar de huisarts werkzaam is, is sinds kort een casemanager aangesteld die erop toeziet dat de diverse vormen van zorg en behandeling op elkaar zijn afgestemd. Ook zorgt deze dat de zorg aansluit bij de behoefte van de patiënt en diens omgeving. Deze casemanager is sinds kort aangesteld als gevolg van een samenwerkingproject tussen de geheugenpolikliniek, thuiszorg, verzorgingshuizen, verpleeghuizen, en huisartsen binnen de gemeente.

Omdat mevrouw Van Stolberg vooralsnog geen extra hulp nodig heeft, wordt afgesproken dat de casemanager een keer per maand een bezoek zal afleggen om de ervaringen van de afgelopen maand door te spreken. Iedere twee weken gaan meneer en mevrouw Van Stolberg bovendien naar een ondersteuningsgroep van de RIAGG. Deze groep is vooral gericht op verwerking en het

¹³ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 2000-2001. Zie over functiegericht indiceren uitgebreider paragraaf 6.3.

¹⁴ Zie over samenwerking in de ouderenzorg Fabbricotti, I., 1999.

¹⁵ Prismant, 2002, p. 9, Gezondheidsraad, 2002, p. 147.

uitwisselen van praktische tips. Met name voor de heer Van Stolberg zijn deze bijeenkomsten een uitkomst, want doordat hij de neiging heeft de aandoening van zijn vrouw te ontkennen brengt hij haar soms in een moeilijk parket. Onlangs is ze een keer verdwaald na een kooruitvoering, omdat hij weigerde haar op te komen halen.

Huisartsen hebben een belangrijke functie in het vroegtijdig herkennen van dementie.¹⁶ Een hulpmiddel bij de diagnosestelling en behandeling is de onlangs door de NHG ontwikkelde dementiestandaard voor huisartsen.¹⁷ Volgens de Gezondheidsraad woont tweederde van de mensen met dementie thuis. Voor de zorg zijn zij in belangrijke mate aangewezen op mantelzorgers.¹⁸ Huisartsen vormen een spilfunctie in het verlenen van de professionele zorg thuis. Vaak is de huisarts initiatiefnemer voor het inschakelen van andere zorgverleners.¹⁹ Voorbeelden daarvan zijn thuiszorg en respijtzorg. Deze worden hieronder verder uiteengezet. Professionele hulp door middel van ondersteuningsprogramma's voor mantelzorgers komt pas aan de orde als er tekenen van overbelasting zijn.

3.4.1 Thuiszorg

Op dit moment zijn er ruim 150 thuiszorgorganisaties. Een derde daarvan werkt op particuliere en/of commerciële basis.

Het traditionele takenpakket van thuiszorgorganisatie omvat wijkverpleging en gezinsverzorging.²⁰ Meer specifiek gaat het om alfa-hulpverlening, huishoudelijke zorg, verzorging, algemene dagelijkse verrichtingen, verpleging, gespecialiseerde verzorging en verpleging, dagverzorging voor ouderen en advies en voorlichting.²¹

De thuiszorg krijgt door het substitutiebeleid van de overheid in toenemende mate te maken met psychogeriatrische patiënten. Ook de zorgzwaarte neemt daardoor toe. Voorbeelden van substitutieprojecten zijn het dagziekenhuis, gespecialiseerde thuiszorg, transmuraal case management, en preventieve huisbezoeken bij ouderen. In Maastricht is een samenwerkingsproject met het academisch ziekenhuis opgezet waarin geriaters consultatiebezoeken thuis afleggen en waarbij gewerkt wordt met gespecialiseerde geriatrisch verpleegkundigen.²² Dikwijls bieden thuiszorginstellingen verpleeghuiszorg of verzorgingshuiszorg aan, bijvoorbeeld ter overbrugging van de periode dat patiënten op een wachtlijst voor verzorgingshuis of verpleeghuis staan.²³

Naast het bieden van verpleeghuiszorg thuis is een tweede ontwikkeling het ondersteunen van mantelzorgers teneinde hun draagkracht te vergroten en daardoor hun lasten terug te dringen. Hoewel de kwaliteit van zorg en het bestaan van zowel patiënten als mantelzorgers daardoor lijkt te verbeteren, wordt opname van de psychogeriatrische patiënten er niet echt mee uitgesteld, zo blijkt uit onderzoek.²⁴

¹⁶ Gebleken is dat niet alle huisartsen hiertoe in staat zijn. Zie Gezondheidsraad, 2002, p. 13.

¹⁷ Zie Wind, A.W., J. Gussekloo, M.J.F.J. Vernooij-Dassen, et al., 2003.

¹⁸ Prismant, 2002, Gezondheidsraad, 2002.

¹⁹ Overigens blijft de huisarts, wanneer patiënten worden opgenomen in een zorgvoorziening, dikwijls de verantwoordelijk arts. Dit is onder meer het geval in woonzorgcomplexen, verzorgingshuizen en vaak ook in kleinschalige woonvoorzieningen. Op deze zorgvoorzieningen wordt later in dit hoofdstuk ingegaan.

²⁰ Boot, J.M. en M.H.J.M. Knapen, 2001, p. 153.

²¹ Prismant, 2002, p. 45.

²² Son, L., van, W. Mulder, G. Beusmans en F. J., 2002.

²³ Prismant, 2002, p. 45-54.

²⁴ Cuijpers, P. en H. Nies, 1995.

De wachtlijsten in de thuiszorg zijn aanzienlijk. In 2001 wachtten er rond 40 duizend mensen op thuiszorg, waarvan ongeveer de helft met overbruggingszorg. Overbruggingszorg houdt in dit verband in dat de geleverde zorg qua inhoud en omvang afwijkt van de geïndiceerde zorg.²⁵

3.4.2 Respijtzorg

Respijtzorg houdt de tijdelijke opvang van psychogeriatrische patiënten in, bijvoorbeeld logeerhuizen, dagopvang en dergelijke. Deze zorg wordt veelal verstrekt in verpleeg- en verzorgingshuizen en in woonzorgcomplexen, maar wordt in sommige gevallen ook zelfstandig verleend.

3.4.2.1 Dagbehandeling/verzorging

Dagbehandeling kan worden gedefinieerd als een zorgvoorziening 'die tot doel heeft personen die wegens ziekte of gebrek zijn aangewezen op diensten van een verpleeginrichting, zonder nochtans gedurende het gehele etmaal hierop te zijn aangewezen, in staat te stellen zo lang mogelijk in het eigen milieu te verblijven'.²⁶ Bij opvang in een verzorgingshuis gaat het om personen die niet zozeer functioneel zijn beperkt, maar meer psychische problemen hebben. Het betreft problemen dan met name op het gebied van geheugen en oriëntatie.²⁷ Deze problematiek komt vooral voor bij mensen met (een beginnende) dementie of met depressie.

De meeste dagbehandelingsplaatsen werken met multidisciplinaire teams, waarin naast verzorgenden en dagactiviteitenbegeleiders, bijvoorbeeld ook psycholoog en verpleeghuisarts optreden.

Naast dagbehandeling wordt dagverzorging onderscheiden die in tegenstelling tot de eerste voorziening minder ruim van opzet is. Doorgaans is minder personeel aanwezig, dat in vergelijking tot de dagverzorging ook minder gedifferentieerd en minder hoog opgeleid is. Van oudsher wordt dagverzorging vanuit het verzorgingshuis georganiseerd, terwijl dagbehandeling vanuit het verpleeghuis plaatsvindt.²⁸ De laatste jaren is dit onderscheid door substitutieprojecten en ook door de wijzigingen in de AWBZ minder groot geworden, en kan meerzorg die door een verzorgingshuis wordt aangeboden qua niveau in de buurt komen van dagbehandeling vanuit het verpleeghuis.

3.4.2.2 Logeerhuizen

Logeerhuizen, ook wel kortverblijfhuizen genoemd, zijn zorgvoorzieningen die tijdelijk zorg bieden aan psychogeriatrische patiënten met als doel de mantelzorg te ontlasten. Mantelzorgers zijn bijvoorbeeld tijdelijk niet meer opgewassen tegen de zorg, hebben behoefte aan vakantie, of zijn wel om zorg te bieden, maar niet de hele week. Logeerhuizen kunnen iemand voor een korte aaneengesloten periode opnemen, maar er worden ook wel zorgafspraken gemaakt voor enkele dagen per week gedurende een langere periode. Er zijn veelal tien tot vijftien plaatsen beschikbaar. De geboden zorg is vergelijkbaar met verzorgingshuiszorg.

3.5 Traditionele intramurale voorzieningen

De heer De Beijeren is 67 jaar en lijdt aan de ziekte van Pick. Sinds hij vijftien jaar geleden gescheiden is van zijn vrouw, is hij alleenwonend. Het echtpaar

²⁵ Prismant, 2002, p. 45-54.

²⁶ Aedes en Arcades, 2001.

²⁷ Dijkstra, G.J., J.W. Groothoff en D. Post, 1999, p. 119.

²⁸ Huijvenaer, M.L.I., C.G. Borghouts, A. Lakerveld, et al., 2001, p. 266.

had geen kinderen. Mede als gevolg van zijn aandoening is het netwerk van de weinige vrienden die de heer De Beijeren toch al had aardig uitgedund. Het belangrijkste contact is de buurvrouw die het huishouden voor hem doet. Sinds twee jaar, eigenlijk sinds de diagnose is gesteld, heeft meneer De Beijeren thuiszorg. Tevens is hij in die periode door het regionaal indicatieorgaan geïndiceerd voor het verpleeghuis. Door zijn leven regelmatig in te richten ging het thuis lange tijd goed.

Sinds enige maanden maakt De Beijeren echter 's nachts kabaal, omdat hij niet kan slapen. De buurvrouw heeft geprobeerd hem tot bedaren te krijgen, maar De Beijeren reageert agressief. In overleg met een verpleeghuisarts waarmee de thuiszorgorganisatie contact heeft in verband met overbruggingszorg, kan de situatie worden gestabiliseerd door het verstrekken van sederende medicatie. Ondertussen gaat De Beijeren overdag naar de dagbehandeling in het verpleeghuis. De huisarts heeft bedacht dat dit een goede manier is om hem geleidelijk aan het verblijf in het verpleeghuis te laten wennen voor het moment dat hij thuis niet meer gehandhaafd kan worden. In het begin verliep dit moeizaam, maar door de regelmatige invulling van de dag, blijkt de heer De Beijeren dit uiteindelijk toch te accepteren.

Na enige maanden is de benodigde dosis sederende medicatie zo groot geworden dat het niet meer verantwoord is de heer De Beijeren alleen thuis te laten. Als een mogelijke opname in het verpleeghuis aan de orde komt verzet hij zich echter hevig. Daarom wordt gekozen voor een tussenoplossing in het logeerhuis dat aan het verpleeghuis verbonden is. Na heel veel overreding door de buurvrouw en de huisarts gaat De Beijeren hiermee akkoord in de veronderstelling dat hij als het niet bevalt weer naar huis mag. Direct na de eerste opname in het logeerhuis reageert De Beijeren echter zeer agressief. Opnieuw krijgt hij sederende medicatie waarvan hij rustig wordt. Na enkele dagen geeft De Beijeren niet meer geregeld aan dat hij naar huis wil. Twee weken later wordt hij definitief opgenomen in het verpleeghuis.

3.5.1 Verpleeghuizen

In 2002 waren er in Nederland 334 verpleeghuizen.²⁹ Een aantal daarvan zijn geheel psychogeriatrisch. De meeste hebben echter één of meer afdelingen voor psychogeriatrische patiënten. Bij de invoering van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet bopz) in 1994 kregen alle psychogeriatrische (afdelingen van) verpleeghuizen een aanmerking als psychiatrisch ziekenhuis. Nieuwe verpleeghuizen of verpleeghuizen die zich tevens willen gaan richten op psychogeriatrische patiënten moeten nu eerst een vergunning aanvragen om als psychiatrisch ziekenhuis te kunnen worden aangemerkt.

De Wet bopz heeft tot doel patiënten met een geestelijke stoornis te beschermen tegen een onvrijwillige opname in psychiatrische ziekenhuizen, alsmede de rechtspositie van patiënten te waarborgen die onvrijwillig opgenomen zijn. Een onvrijwillige opname kan worden bewerkstelligd door middel van een rechterlijke machtiging (RM), een inbewaringstelling (IBS) of een art. 60-indicatie. Verpleeghuizen met een bopz-aanmerking zijn bevoegd patiënten met een bopz-status te herbergen en dienen bij het verlenen van zorg rekening te houden met de voorschriften van de Wet bopz. Zo is de instelling onder meer verplicht om zorg te verlenen die gericht is op het terugdringen van de psychische stoornis. Het verbeteren van de stoornis moet zodanig zijn dat het gevaar dat heeft geleid tot de onvrijwillige opname verdwijnt. Onder omstandigheden

²⁹ Statistisch Jaarboek, 2002. Cools en Mulder (1999, p. 104) maakten drie jaar eerder gewag van 325 verpleeghuizen. Verschillen in cijfers kunnen zich voordoen omdat het aantal verpleeghuizen inmiddels is toegenomen. Daarnaast wordt er soms per locatie en soms per organisatie geteld, waardoor cijfers in publicaties uiteen kunnen lopen.

Hoofdstuk 3

kan deze zorg vrijheidsbeperkingen of zelfs dwangbehandeling impliceren. Daartoe moet aan in de wet omschreven voorwaarden zijn voldaan.³⁰

De verpleeghuislocaties met een bopz-aanmerking worden gepubliceerd in de Staatscourant. Zo nu en dan wordt een volledige lijst gepubliceerd. De meest recente dateert uit 2000.³¹

Inmiddels beschikken de verpleeghuizen over ruim 58.000 verpleeghuisbedden, waarvan de helft is bestemd voor psychogeriatrische patiënten. Daarnaast verblijven ook patiënten met psychogeriatrische klachten op somatische afdelingen. Hoeveel patiënten dit betreft is niet bekend. De gemiddelde verblijfsduur van psychogeriatrische patiënten in het verpleeghuis is drie jaar. 33% verblijft er echter korter dan een half jaar.³²

Verpleeghuizen bieden drie vormen van zorg. In de eerste plaats betreft het langdurige, integrale verpleging en behandeling. De zorg is multidisciplinair van aard. Betrokken zijn verpleeghuisartsen, fysiotherapeuten, psychologen, ergotherapeuten, logopedisten, maatschappelijk werkers en anderen. Deze zorg kan soms ook als substitutiezorg thuis of in een verzorgingshuis worden geboden.

In de tweede plaats gaat het om deeltijdzorg. Deze kan variëren van dagbehandeling tot tijdelijke opname. Dit laatste gebeurt soms bij psychogeriatrische patiënten die thuis wonen met het oog op ontlasting van de mantelzorgers, bijvoorbeeld in een vakantieperiode.

Ten derde hebben verpleeghuizen sinds vijftien jaar tevens een consultatiefunctie. Dat houdt in dat de deskundigheid van verpleeghuizen aangewend wordt voor ouderen die buiten het verpleeghuis wonen, bijvoorbeeld bij de patiënt aan huis of in een verzorgingshuis. Meestal gaat het om advisering door verpleeghuisarts aan huisarts. Bij de consultatie kunnen echter ook andere disciplines van het verpleeghuis en andere instanties dan de huisarts betrokken zijn.³³

Tabel 3-1 Functies van verpleeghuizen³⁴

Functie	Doel
Consultatie	Multidisciplinair onderzoek Behandel-/zorgadvies Aanpassingen woonsituatie Verstrekingen
(Deeltijd)behandeling	Crisisopvang Intervalzorg Geriatrische revalidatie Terminale zorg Langdurige verpleging Bijzondere verpleging
Substitutie	Groepsverpleging in verzorgingshuis Verpleging thuis

³⁰ De inhoud en het systeem van de Wet bopz worden nader belicht in hoofdstukken 6 en 7.

³¹ Aanmerking als instelling bedoeld in artikel 1 Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, 2000.

³² Cools, H.J.M. en J.D. Mulder, 1999, p. 104.

³³ Boot, J.M. en M.H.J.M. Knapen, 2001, p. 193-194.

³⁴ Bron: Cools, H.J.M. en J.D. Mulder, 1999, p. 104.

In een recent rapport constateert de Inspectie dat de zorg in verpleeghuizen, met name ten aanzien van psychogeriatrische patiënten ernstig tekortschiet. Er is onvoldoende personeel, te weinig geschoold personeel en er worden dientengevolge teveel vrijheidsbeperkende maatregelen toegepast. Op 72 procent van de bezochte psychogeriatrische afdelingen kan permanent toezicht in de huiskamers niet altijd gerealiseerd worden, hetgeen er toe leidt dat in twee derde van deze verpleeghuizen bewoners soms worden gefixeerd wegens gebrek aan toezicht.³⁵

3.5.2 Verzorgingshuizen

Oorspronkelijk was de zorg die in de circa 1400 verzorgingshuizen³⁶ werd geboden niet specifiek gericht op psychogeriatrische patiënten. Door het veranderde overheidsbeleid groeien de verpleeghuiszorg en de verzorgingshuiszorg echter steeds meer naar elkaar toe.³⁷ In toenemende mate bieden verzorgingshuizen daarbij zorg aan psychogeriatrische patiënten.³⁸ Men is daarom specifieke zorgproducten gaan ontwikkelen, waarbij psychogeriatrische patiënten geheel of gedeeltelijk tot de doelgroep behoren. Fabbricotti³⁹ onderscheidt de volgende speciale zorgvormen in verzorgingshuizen:

- *Huiskamerprojecten*

Opvang van bewoners die niet meer zelfstandig in staat zijn om een eigen dags-structuur aan te brengen. Bij lichtere vormen van psychogeriatric wordt in dit verband ook wel van groepsverzorging gesproken.

- *Meerzorg*

Hiervan is sprake als naast de reguliere verzorgingshuiszorg ook verpleeghuiszorg wordt geboden. Het gaat hier om psychogeriatrische problematiek in een verder gevorderd stadium dan bij huiskamerprojecten. Meerzorg wordt ook wel substitutieproject of groepsverzorging ten behoeve van zwaardere vormen voor psychogeriatric genoemd. Er zijn 12-uurs en 24-uurs meerzorgafdelingen te on-

³⁵ Inspectie voor de Gezondheidszorg, Verpleeghuizen garanderen minimale zorg niet, 2004. De Inspectie constateert dat op psychogeriatrische afdelingen zelfs een verschuiving heeft plaatsgevonden naar lager opgeleide en niet-gekwalificeerde medewerkers, terwijl de zorgzwaarte juist is toegenomen. Dringend aanbevolen wordt op korte termijn nader onafhankelijk onderzoek te doen naar achterliggende oorzaken op onder andere organisatorisch, beroepsinhoudelijk en financieel niveau. Bovendien is de bezochte verpleeghuizen gewezen de tekortkomingen zo snel mogelijk aan te pakken. De Inspectie heeft aangekondigd handhavend op te treden op basis van de Kwaliteitswet zorginstellingen indien de betrokken instellingen in gebreke blijven.

³⁶ In 2001 waren er volgens Arcades, de brancheorganisatie van verpleeg- en verzorgingshuizen, 1388 verzorgingshuizen. Net als verpleeghuizen geldt hier dat geteld kan worden per organisatie of per locatie, zodat cijfers kunnen uiteenlopen.

³⁷ Boot, J.M. en M.H.J.M. Knapen, 2001, p. 190.

³⁸ Uit eigen onderzoek bleek dat ruim 95% van de verzorgingshuizen inmiddels psychogeriatrische patiënten herbergt. Bij ruim een derde gaat het om 11-20 bewoners. Zie Arends, L.A.P., 2001, p. 20 Dit percentage is zeer hoog, temeer aangezien de afgelopen jaren bij de indicatie voor verzorgingshuizen ervan werd uitgegaan dat voor deze zorgvorm patiënten in aanmerking kwamen die licht tot matig functioneel beperkt waren en weinig tot geen psychogeriatrische problematiek ondervonden. Zie Dijkstra, G.J., J.W. Groothoff en D. Post, 1999 De komende jaren kan het aantal psychogeriatrische patiënten in verzorgingshuizen sterk toenemen, mede als gevolg van de functiegerichte indicatiestelling die thans wordt gehanteerd. Zie over dit onderwerp par. 6.3.

³⁹ Fabbricotti, I., 1999.

derscheiden. Een verzorgingshuis dat een bopz-aanmerking voor een 24-uurs meerzorgafdeling heeft dient deze afdeling afsluitbaar te maken.

- *Verpleegunit*

Een verpleegunit is een volledige verpleeghuisafdeling in het verzorgingshuis voor psychogeriatrische bewoners. Tot voor kort was een dergelijke voorziening uitsluitend mogelijk onder auspiciën van een verpleeghuis, waarmee dan een vergaande vorm van samenwerking bestond. Reden hiervoor was enerzijds het feit dat voor verpleeghuiszorg een andere vorm van financiering bestond en anderzijds de situatie dat een zogeheten bopz-aanmerking noodzakelijk was voor een dergelijke voorziening, die uitsluitend was weggelegd voor psychogeriatrische (afdelingen van) verpleeghuizen.

- *Extramurale AWBZ-zorg*

Onder deze noemer vallen zorgvormen die bedoeld zijn om extramuraal zorg te kunnen bieden aan psychogeriatrische patiënten. Een voorbeeld is het bieden van verzorgingshuiszorg thuis.

In de meeste gevallen berust de medische verantwoordelijkheid ten aanzien van bewoners in het verzorgingshuis bij huisartsen. Soms wordt de medische zorg ten behoeve van psychogeriatrische patiënten echter overgenomen door een verpleeghuisarts. Dit gebeurt met name indien een verzorgingshuis een bopz-aanmerking heeft. Dikwijls vervult de verpleeghuisarts ten behoeve van psychogeriatrische patiënten een consultatiefunctie in verzorgingshuizen.

De gemiddelde verblijfsduur in een verzorgingshuis is volgens Boot en Knapen vijf jaar.⁴⁰ Voor veel bewoners is het verzorgingshuis een laatste woonplaats. Slechts een beperkt aantal gaat daarna nog naar een verpleeginrichting. Er zijn geen specifieke cijfers bekend ten aanzien van de verblijfsduur en de mate van overplaatsing bij psychogeriatrische patiënten.

3.5.3 Problematiek rondom toepassing Wet bopz in verzorgingshuizen

Sinds december 1999 bestaat voor verzorgingshuizen net als voor verpleeghuizen de mogelijkheid om een aanmerking als psychiatrisch ziekenhuis te verkrijgen. Teneinde een dergelijke vergunning te bemachtigen dient een aanvraag te worden gedaan bij de minister van VWS.

In zijn standpunt naar aanleiding van de eerste evaluatie van de Wet bopz onderkende het kabinet dat één van de gevolgen van substitutie is, dat buiten verpleeghuizen met name in verzorgingshuizen steeds meer psychogeriatrische patiënten verblijven.⁴¹ Deze ontwikkeling brengt met zich mee dat ook op andere plaatsen dan die waar de Wet bopz van toepassing is, enigerlei vorm van vrijheidsbeperking noodzakelijk kan zijn. Volgens het kabinet houdt zijn beleid in dat wanneer buiten het verpleeghuis het ziektebeeld van de patiënt vereist dat vrijheidsbeperkende maatregelen worden opgelegd, deze volgens de Wet bopz zou moeten worden overgeplaatst.⁴² Dit conflicteert echter met het beleid van de overheid om patiënten zoveel mogelijk in de meest lichte voorzieningen op te vangen. Daarom achtte het kabinet een uitbreiding van de werkingsfeer van de Wet bopz wenselijk. Gezien de problemen die rijzen in verband met het bepalen van de grens welk type instelling wel onder de Wet bopz zou moeten vallen en welke niet, heeft het kabinet de uitbreiding vooralsnog beperkt tot verzorgingshuizen. Deze

⁴⁰ Boot, J.M. en M.H.J.M. Knapen, 2001, p. 193.

⁴¹ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1997-1998.

⁴² Dat dit standpunt niet juist is blijkt uit de nadere analyses van de Wet bopz en de Wgbo in hoofdstukken 6 en 7.

zijn wél onder de werking van de Wet bopz gebracht, vanwege het toenemende aantal psychogeriatrische ouderen in verzorgingshuizen en de signalering van de Inspectie hierover.

Desondanks vindt het kabinet echter dat het uitbreiden van de reikwijdte van de wet niet zonder beperking dient plaats te vinden. Naar zijn oordeel bieden niet alle verzorgingshuizen zorg aan psychogeriatrische ouderen. Huizen die dit niet doen, behoeven ook niet aangemerkt te worden. Verder zullen verzorgingshuizen die een aanmerking willen verkrijgen moeten gaan voldoen aan eisen die de Wet bopz stelt, om zo de interne en externe rechtspositie van patiënten te kunnen garanderen. Daarbij worden de aanwezigheid van een zorgplan en het regelen van de medische verantwoordelijkheid als voorbeelden genoemd.

Door middel van een circulaire is aan genoemd voornemen uitvoering gegeven.⁴³ In tegenstelling tot verpleeghuizen kunnen verzorgingshuizen slechts een aanmerking verkrijgen voor een afdeling.

Op de aanvraag wordt door de minister beslist. Deze grondt zijn beslissing op advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg. De Inspectie baseert het advies op zelf ontwikkelde kwaliteitscriteria. Deze luiden als volgt:

1. In de instelling moet verantwoorde zorg worden geleverd, zoals beschreven in artt. 2 en 3 Kwaliteitswet Zorginstellingen (Kwz). Dat houdt in dit verband in dat de directie van het verzorgingshuis zorg moet dragen voor voldoende en voldoende deskundig personeel voor behandeling, zorgverlening en begeleiding van de specifieke doelgroepen die onder de Wet bopz vallen. Daarenboven wordt aangegeven dat het personeel het werk moet doen op grond van een juiste verantwoordelijkheidstoedeling en gebruik moet kunnen maken van adequate materialen voor de toepassing van dwangbehandeling en middelen en maatregelen.
2. Er dient een afdeling te zijn waar gedurende 24 uur per dag zorg geleverd wordt aan psychogeriatrische patiënten, waar de Wet bopz kan worden uitgevoerd. Bovendien moet deze afdeling voldoen aan de eisen die de Wet bopz stelt.
3. De Inspectie geeft de voorkeur aan een goede samenwerking tussen het verzorgingshuis en een psychogeriatrisch verpleeghuis, opdat aan alle eisen van de Wet bopz kan worden voldaan. Dat houdt onder meer in dat ernstig gevaar, veroorzaakt door de geestesstoornis, kan worden afgewend. In principe brengt dat met zich mee dat de afdeling waar de psychogeriatrische patiënten worden verpleegd, afgesloten kan worden voor degenen voor wie weggelopen gevaar met zich mee kan brengen. Daarentegen moet de afdeling open blijven voor patiënten die zich zonder gevaar buiten de afdeling kunnen begeven. Verder dient de afdeling toegerust te zijn voor het zorgvuldig en verantwoord uitvoeren van vrijheidsbeperkende maatregelen. Daarnaast behoren materialen die gebruikt worden voor de toepassing van middelen en maatregelen deugdelijk en veilig zijn. Buiten de bopz-afdeling mogen geen middelen en maatregelen en dwangbehandeling worden toegepast. Op de bopz-afdeling mogen alleen patiënten met een psychogeriatrisch ziektebeeld verblijven onder een geldige verblijfstitel (dus vrijwillig, of onvrijwillig en opgenomen met een bopz-maatregel, te weten een art. 60-indicatie, een rechterlijke machtiging of een inbewaringstelling).
4. Het verzorgingshuis moet beschikken over een geneesheer-directeur in de zin van de Wet bopz (art. 1 lid 3 bopz). Dit brengt met zich mee dat een daartoe bevoegde arts de in de Wet bopz vermelde taken van de geneesheer-directeur behoort te vervullen. Deze arts dient bekend te zijn met de Wet bopz en bekwaam

⁴³ Ministerie Volksgezondheid Welzijn en Sport, 1999.

zijn voor de uitvoering van deze wet. Het ligt het meest voor de hand om deze taak neer te leggen bij een verpleeghuisarts, maar ook een huisarts kan dit doen mits hij aan eerdergenoemde kwalificaties voldoet. De toedeling van de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden die de Wet bopz aan de bopz-arts stelt, moet het bestuur van het verzorgingshuis schriftelijk vastleggen.

5. Tot slot is het noodzakelijk dat het bestuur van het verzorgingshuis ook de interne rechtspositie van onvrijwillig verblijvende bewoners waarborgt.

Ten tijde van de tweede bopz-evaluatie in 2001 bleek dat slechts weinig verzorgingshuizen tot dan toe gebruik hadden gemaakt van de mogelijkheid om een aanmerking aan te vragen. Naar aanleiding van dit gegeven nam de brancheorganisatie voor verpleeg- en verzorgingshuizen, Arcare, het initiatief tot een onderzoek naar de omvang van het probleem en de oorzaken hiervan.

Uit het onderzoek komt naar voren dat voor de meeste verzorgingshuizen de noodzaak tot het aanvragen van een bopz-aanmerking aanwezig is. Zoals gesteld hebben vrijwel alle verzorgingshuizen te maken met psychogeriatrische patiënten. Veel van die patiënten voldoen aan de criteria voor een art. 60-indicatie. Verder blijkt dat vrijheidsbeperkingen frequent worden toegepast. Desondanks had medio 2001 slechts 6,5% van de instellingen een aanvraag voor een aanmerking gedaan. Sindsdien is het aantal weliswaar toegenomen maar hebben nog steeds relatief weinig instellingen een aanmerking.⁴⁴

De meeste redenen om geen aanvraag te doen hangen samen met het vereiste om een aparte afdeling te creëren voor psychogeriatrische bewoners.⁴⁵ Het belangrijkste knelpunt dat hier ervaren wordt is het feit dat het verplaatsen van de psychogeriatrische bewoners naar één afdeling niet binnen de zorgvisie past. Men wil bewoners niet op één afdeling bij elkaar plaatsen, er is een beleid om bewoners met psychogeriatrische problematiek niet te verhuizen – ook niet intern – of het verzorgingshuis wil geen afdeling met meerdere bewoners op één kamer. Daarnaast heeft de instelling vaak geen mogelijkheden om een aparte afdeling te creëren. Dit kan samenhangen met bouwkundige problemen – bijvoorbeeld het huis is te oud of te klein – of met financiële beperkingen. In een vijfde van de verzorgingshuizen is men van mening dat er geen bewoners zijn die in aanmerking komen voor een bopz-indicatie. Hier ontbreekt dan de prikkel om een aanmerking te overwegen. Veertien procent heeft een beleid om bewoners met psychogeriatrische problematiek zo snel mogelijk over te plaatsen naar een verpleegunit of verpleeghuis. Tot slot vindt een aantal respondenten dat er teveel eisen worden gesteld aan een aanmerking.

Als gevolg van de hiervoor genoemde oorzaken valt vijf jaar na inwerkingtreding van de Wet bopz in verzorgingshuizen een gering percentage van de psychogeriatrische patiënten die hier opgenomen zijn onder de reikwijdte van deze wet. Daardoor blijft de extra rechtsbescherming die met deze wet wordt beoogd voor deze patiënten uit.⁴⁶

⁴⁴ Volgens door VWS verstrekte gegevens bedroeg dit aantal medio 2003 16,6%.

⁴⁵ Arends, L.A.P., De moeizame implementatie van de Wet bopz in verzorgingshuizen, 2003, 2001.

⁴⁶ Een oplossing hiervoor zou kunnen zijn het aanpassen van de voorwaarden. Hiervoor is in 2002 en 2003 een vervolgonderzoek verricht. Zie Arends, L.A.P. en T. Stigter, 2003. Dit onderzoek laat zien dat de verschillen in aanpak met betrekking tot vrijheidsbeperkende maatregelen tussen verzorgingshuizen met en huizen zonder bopz-aanmerking niet zo groot zijn. Bovendien kwam naar voren dat de kwaliteitstoets van het vergunningstelsel niet altijd werkt. Andere factoren dan het creëren van afsluitbare psychogeriatrische afde-

3.5.4 Ziekenhuizen

Ook in ziekenhuizen heeft men in toenemende mate te maken met psychogeriatrische patiënten. In ruim 6% van de ziekenhuisbedden ligt een veelal oudere en 'uitbehandelde' patiënt die niet kan doorstromen naar een noodzakelijk vervolgvoorziening (verpleeg- of verzorgingshuiszorg, dan wel thuiszorg). In totaal gaat het daarbij om 2200 bedden, die permanent door 'verkeerde' patiënten bezet zijn. Een aanzienlijk deel daarvan betreft psychogeriatrische patiënten. Een toenemend aantal ziekenhuizen zet voor deze patiënten zogeheten transferafdelingen op.⁴⁷

Los van de verkeerd bezette beddenproblematiek hebben ziekenhuizen eveneens regelmatig met psychogeriatrische patiënten van doen. Deze worden voor andere zorg dan hun psychogeriatrische aandoening in het ziekenhuis opgenomen, maar brengen daardoor wel extra problemen met zich mee.⁴⁸ Dit komt vooral voor bij de afdelingen neurologie, orthopedie, interne geneeskunde, en cardiologie.⁴⁹

Verder heeft een aantal ziekenhuizen een afdeling geriatrie (GAAZ), waar mensen met een psychogeriatrische aandoening een belangrijk deel van de patiëntenpopulatie vormen.⁵⁰

De belangrijkste reden voor verwijzing naar een geriatrische afdeling is specifiek psychisch en/of somatisch disfunctioneren. Met name gedragsstoornissen als onrust en ontremming zijn verwijzreden.⁵¹

3.6 Nieuwe zorgvormen

Mevrouw Windsen is woonachtig in een aanleunwoning bij woonzorgcomplex Beukenlaan-Plas. Zij ontvangt overdag huishoudelijke hulp en tussen de middag krijgt ze warme maaltijden. Het valt de verzorgenden die overdag het huishouden komen doen op dat mevrouw Windsen steeds vergeetachtiger wordt. Ze vergeet regelmatig haar sleutels en ze is verschillende keren midden in de winter zonder jas weggegaan. Als zij een keer door de politie in verwarde toestand wordt thuisgebracht, besluit het personeel de huisarts in te schakelen. Deze stelt Alzheimer vast. Het ziekteproces verloopt snel, en al spoedig blijkt dat mevrouw Windsen overdag niet meer alleen gelaten kan worden, met name vanwege de kans op verdwalen. In overleg met de familie wordt besloten dat ze overdag naar de dagopvang in het woonzorgcomplex kan. 's Avonds komt de thuiszorg haar naar bed helpen. Om dwalen 's nachts te voorkomen wordt de deur afgesloten. Door middel van een belmatje wordt de nachtwacht in het complex gealarmeerd, zodra mevrouw Windsen uit bed komt. Deze kan dan zonnig poolshoogte nemen.

3.6.1 Woonzorgcomplexen

De laatste jaren hebben veel traditionele zorginstellingen zich omgevormd tot instituties waarbij wonen en zorg gescheiden is.⁵² Het idee achter het scheiden van wonen en zorg

lingen blijken meer bepalend voor een zorgvuldige en transparante toepassing van vrijheidsbeperkingen. Zie over dit onderwerp uitgebreider hoofdstuk 7.

⁴⁷ Prismant, 2002

⁴⁸ Prismant, 2002.

⁴⁹ Arends, L.A.P., Beperkt door zorg, 2004.

⁵⁰ In een onderzoek van Golûke-Willemsse, G.A.M., P.J.E. Klijsma, S. Tuinier en Y.W.M.M. Berg, van den, 2001, p. 197, betreft het zelfs ruim veertig procent van de patiëntenpopulatie bij de onderzochte afdeling.

⁵¹ Golûke-Willemsse, G.A.M., P.J.E. Klijsma, S. Tuinier en Y.W.M.M. Berg, van den, 2001, p. 195.

is dat op die manier instellingen beter vraaggestuurd kunnen werken, waarmee het zelfstandig functioneren van ouderen kan worden bevorderd.⁵³ Die gedachte komt tot uitdrukking in zogeheten woonzorgcomplexen, waarvan de eerste in 1987 ontstonden. Een dergelijke voorziening kan worden omschreven als 'een complex zelfstandige woningen met een bouwwijze die gericht is op beschut wonen, met een complexgewijs overeengekomen zorg- en servicearrangement, maar wel met een consequente contractuele scheiding tussen wonen, zorg en service.'⁵⁴ De woningen – meestal driekamerwoningen – voldoen aan eisen van 'aanpasbaar bouwen'.⁵⁵

Woonzorgcomplexen onderscheiden zich van wooncomplexen voor ouderen vanwege het feit dat er een zorggarantie is; en zij onderscheiden zich van intramurale zorginstellingen doordat sprake is van zelfstandige woningen volgens de definities van het Ministerie van volkshuisvesting, waarbij een contractuele scheiding is aangebracht tussen wonen en zorg.⁵⁶

Kenmerkend is voorts dat er geen standaardpakket met een standaardprijs is, maar een geheel van voorzieningen afgestemd op de wensen en behoeften van de bewoner met een aan afname gerelateerde prijs. Er is met andere woorden sprake van een functioneel ingericht zorgaanbod.⁵⁷

Dit systeem heeft een aantal voordelen, zoals meer keuzevrijheid en meer inzicht in de kosten van de zorg, hetgeen kan leiden tot een bewuster gebruik van zorgvoorzieningen. Er zijn echter ook nadelen.⁵⁸ Het gevaar bestaat dat zorg niet altijd is gegarandeerd op de momenten waarop deze nodig is. Verder kan het inzichtelijk maken van de kosten leiden tot onderconsumptie. Deze manier van zorgverlening zou daarom mogelijk niet geschikt zijn voor zwaar zorgbehoevenden. Deze patiëntengroep is wellicht beter af met een zorgvoorziening waarin wonen en zorg nog steeds verbonden zijn.⁵⁹

Om het predikaat 'woonzorgcomplex' te verkrijgen moet een instelling voldoen aan de volgende criteria:⁶⁰

– *Zelfstandige woningen*

De woningen dienen te beschikken over een eigen voordeur met huisnummer, over een bel en brievenbus aan de openbare weg, over een eigen keuken waar volledige maaltijden kunnen worden bereid en over een eigen badkamer en toilet. Verder dienen de woningen over tenminste een aparte slaapkamer te beschikken.

– *Bouwwijze gericht op beschermd wonen*

De woningen behoren te voldoen aan de basiseisen uit het 'handboek voor toegankelijkheid' en moeten traploos toegankelijk zijn. Verder moet de geclusterde bouwwijze sociale veiligheid bieden. Dit kan bijvoorbeeld tot uitdrukking komen in een collectieve ingang tot het complex met toezicht. Voorts dient het complex de mogelijkheid tot sociale contacten te bieden, waarbij voorzien is in een ruimte die (onder andere) de functie heeft van ontmoetingsruimte.

– *Complexgewijs zorg- en dienstenarrangement*

Ten behoeve van de bewoners van het complex moeten afspraken worden gemaakt met een zorgaanbieder, voor het geval zich gezondheidsproblemen voordoen. In ie-

⁵² Krijger, E., 2003.

⁵³ Fabbricotti, I.N. en R. Huijsman, 2000, p. 252.

⁵⁴ Singelenberg, J.P.J., 1999.

⁵⁵ Aedes en Arcades, 2001.

⁵⁶ Singelenberg, J.P.J., 2003, p. 4-5.

⁵⁷ Fabbricotti, I.N. en R. Huijsman, 2000, p. 253.

⁵⁸ Fabbricotti, I.N. en R. Huijsman, 2000, p. 253.

⁵⁹ Sanders, L.H.J.M.M., 1998.

⁶⁰ Singelenberg, J.P.J., 2003, p. 5.

dere woning dient een mogelijkheid voor aansluiting op een alarmsysteem te bestaan. Essentieel is dat in geval van nood hulp direct op gang komt en dat duidelijk is vastgelegd wie dit regelt. In het algemeen zal op gezette tijden in het complex een huismeester en/of een zorgcoördinator aanwezig behoren te zijn. Het aangeboden (facultatieve) dienstenarrangement dient meer te omvatten dan het in flatcomplexen gebruikelijke servicepakket.

– *Contractuele scheiding tussen wonen, zorg en service*

Er dienen afzonderlijke huurcontracten, zorgcontracten en serviceabonnementen te zijn, waarbij afname van zorg en extra service niet is gekoppeld aan het huren van een woning.

In de praktijk zijn er vele wijzen van wonen, maar ook van zorgproducten. Voorbeelden van wonen zijn seniorenwoningen, aanleunwoningen, kleinschalige woonvoorzieningen, en levensloopbestendige woningen.⁶¹ Kenmerkend voor de laatste woonvorm is dat mensen er in principe tot hun dood kunnen blijven wonen, ongeacht de zorgbehoefte. Voorbeelden van zorgvoorzieningen zijn logeerhuizen, dagbehandeling, dagverzorging en thuiszorg. Sommige woonzorgcomplexen leveren verzorgingshuiszorg of zelfs verpleeghuiszorg. De zorg wordt meestal verleend vanuit de thuiszorg, een verzorgingshuis, vanuit beide, door een eigen zorgteam van het woonzorgcomplex of vanuit een verpleeghuis. De mate waarin zorg wordt geboden kan variëren. Daarom onderscheidt men ook wel lichtere en zwaardere woonzorgcomplexen. Daarnaast zijn er woonzorgcomplexen waar de zorgcomponent eigenlijk te klein is (pseudo-woonzorgcomplexen) en woonzorgcomplexen die neigen naar een verzorgingshuis, omdat er geen echte scheiding is tussen wonen en zorg (pseudo-verzorgingshuis).⁶² Inmiddels zijn er ruim 1.000 zorginstellingen die als woonzorgcomplex kunnen worden gekwalificeerd.⁶³ De verantwoordelijkheid voor de medische zorg berust in het algemeen net als in verzorgingshuizen bij huisartsen. Zonodig kunnen verpleeghuisartsen worden geconsulteerd. In een enkel geval hebben de laatsten wél de medische eindverantwoordelijkheid, bijvoorbeeld als het complex een verpleeghuisfunctie herbergt.

Naast woonzorgcomplexen zijn er ook oudere zorgvoorzieningen die ongeveer volgens het concept van een woonzorgcomplex werken, maar die bijvoorbeeld vanwege de omvang van de woonruimtes niet helemaal aan de kwalificaties voldoen. Zorgvoorzieningen die vóór 1987 dateren, worden meestal zorgcentrum genoemd.⁶⁴

3.6.2 Kleinschalige woonvoorzieningen

Kleinschalige woonvoorzieningen zijn speciaal ontwikkeld voor zorg aan psychogeriatrische patiënten. Het gaat om een betrekkelijk nieuwe zorgvorm die is ontstaan als reactie op het reguliere aanbodmodel van zorg. Doelstelling van kleinschalige woonvoorzieningen om meer aandacht te schenken aan de zorgvrager. Zij gaan in tegenstelling tot

⁶¹ Deze laatste zorgvorm wordt uitgebreid beschreven in Kocken, P.L. en I. Fabbriotti, 2000. In het onderzoek dat aan dit artikel ten grondslag lag, kon overigens geen verschil in kwaliteit van leven worden aangetoond tussen bewoners van levensloopbestendige woningen en bewoners van verpleeg- en verzorgingshuizen. Deze conclusie wordt bevestigd in ander onderzoek (Heesterbeek, S. en J.A. Schuier, 2000), waar eveneens kritische kanttekeningen worden geplaatst bij het wonen in deze zorgvorm.

⁶² Singelenberg, J.P.J., 2003, p. 15 en 20.

⁶³ Aedes en Arcades, 2001.

⁶⁴ Klerk, M.M.Y., de, 2001, p. 104-108.

reguliere verpleeghuizen niet zozeer uit van een medisch model, maar leggen het accent op de kwaliteit van leven.

Er bestaat geen blauwdruk van de aard van de zorg die in kleinschalige woonvoorzieningen wordt geboden. Omdat deze voorzieningen naast reguliere zorgconcepten als verpleeg- en verzorgingshuizen zijn ontstaan heeft men er op diverse plaatsen ook steeds een eigen invulling aan gegeven. Desondanks zijn enkele gemeenschappelijke aspecten te onderscheiden:⁶⁵

1. *Vraaggestuurde zorg*

De zorgattitude staat centraal bij kleinschalige woonvoorzieningen. Van belang is dat er persoonsgericht en op maat wordt gewerkt.⁶⁶

2. *Woonomgeving*

Bij kleinschalige woonvoorzieningen is de zorg niet opgezet aan de hand van een medisch model dat kijkt naar de ziekte en de aandoeningen, maar aan de hand van een woonmodel waarin de mens centraal staat. Het doel is om mensen binnen dit concept op hun eigen manier inhoud te laten geven aan hun leven. Dat brengt onder meer met zich mee dat zij hun eigen beslissingen kunnen nemen, hun eigen spullen hebben, hun kleding kunnen kiezen, en hun kamerinrichting kunnen bepalen. Bewoners hebben hun eigen kamer en in hun woonomgeving wordt zoveel mogelijk een regulier huis nagebootst.

3. *Kleinschaligheid*

De patiënten wonen bij elkaar in groepen van zes tot ongeveer acht personen. Zes personen is de ideale groepssamenstelling, die is gebaseerd op een gezinsgrootte. Zes is volgens initiatiefnemers het aantal personen dat nog aan één eettafel geplaatst kan worden en aan wie zorg kan worden geboden door één persoon. De bovengrens van acht personen is niet hard; van belang is dat de doelstellingen van kleinschaligheid binnen de groepssamenstelling kunnen worden bereikt.

Meestal zijn verschillende groepswoningen geclusterd tot één voorziening. Ook hier geldt dat de clustering niet ten koste mag gaan van de principes van kleinschaligheid.

4. *Integrale zorg*

Alle zorg, huishoudelijke activiteit en ondersteuning vindt plaats in de groep. Een voorbeeld is koken. Doel daarvan is het bewerkstelligen van huiselijkheid. Dit geeft aan bewoners herkenbare prikkels en draagt aldus bij aan de zorg. Kernwaarden in de zorg die geboden wordt zijn huiselijkheid, herkenbaarheid, overzichtelijkheid, een eigen ervaringswereld, een veilige en vertrouwde omgeving, en zoveel mogelijk een 'normale' situatie nabootsen.

Binnen het reguliere zorgspectrum laten kleinschalige woonvoorzieningen zich eigenlijk niet indelen. Sommige voorzieningen zijn geheel nieuw, anderen zijn voortgekomen uit verzorgingshuizen of verpleeghuizen. Qua opzet zijn zij enigszins vergelijkbaar met sociowoningen of gezinsvervangende tehuizen in de verstandelijk gehandicaptenzorg.⁶⁷

De medische zorg werd in de oorspronkelijke opzet verricht door huisartsen, met op de achtergrond een verpleeghuisarts die een consultatiefunctie had. Deze invulling bleek niet praktisch en bovendien hechten mensen in de praktijk niet zo aan het behoud van de eigen huisarts. Daarom is in de meeste situaties thans een verpleeghuisarts verantwoordelijk voor de medische zorg.⁶⁸

⁶⁵ Nouws, H., 2003.

⁶⁶ Stoelinga, B. en M. Talma, 2003, p. 22.

⁶⁷ Krijger, E., 2003.

⁶⁸ Fahrenfort, M., 2003, p. 14.

Sommige projecten maken bij het invullen van de zorg gebruik van de thuiszorg. Het grootste deel van het personeel bestaat in de meeste projecten uit verzorgenden. Sommige woonvoorzieningen maken gebruik van inrichtingswerkers vanuit de verstandelijk gehandicaptenzorg, omdat deze in hun opleiding meer mogelijkheden hebben meegereken om een groep tot activiteiten te bewegen en om te gaan met ruzies en conflicten.⁶⁹

De werkwijze van verzorgenden in een kleinschalige woonvoorziening is wezenlijk anders dan die in reguliere zorgvoorzieningen. Met name met betrekking tot sociale vaardigheden wordt meer van verzorgenden verwacht, zo blijkt uit onderzoek.⁷⁰ Genoemd worden onder andere zelfstandigheid, flexibiliteit, taakintegratie, communicatieve vaardigheden, en een 'thuiszorgattitude'. Er bestaat nog geen aparte opleiding voor het werken in een kleinschalige woonvoorziening.⁷¹

Zoals gezegd is er een grote variatie in de verschijningsvorm van kleinschalige woonvoorzieningen. Dit brengt met zich mee dat er ook een verscheidenheid is in het aanbod van zorg en de grenzen van de zorg die geboden kan worden. Sommige instellingen plaatsen bewoners over naar een verzorgings- of verpleeghuis of soms zelfs naar een psychiatrisch ziekenhuis, wanneer zij niet meer mobiel zijn of gedragsproblemen vertonen. Anderen begeleiden bewoners tot aan hun overlijden.⁷²

Er zijn aanwijzingen dat wonen in kleine groepen (8-12 personen) de cognitieve en functionele achteruitgang niet kan tegenhouden, maar dat de patiënten wel langer mobiel blijven en dat de frequentie en de ernst van gedragsstoornissen verminderen. Dat zou gepaard gaan met een vermindering van het psychofarmacagebruik en van toepassing van vrijheidsbeperkende maatregelen. De onderbouwing van dergelijke conclusies is zwak wegens het ontbreken van adequate controlegroepen. Desondanks stelt de Gezondheidsraad dat ook zonder dat er robuuste wetenschappelijke effecten zijn aangetoond op de levenskwaliteit, veel valt te zeggen voor kleinschaligheid. Daarbij maakt het volgens de raad niet zoveel uit of die nu in aparte kleine eenheden of als kleine eenheden in een groter verband wordt gerealiseerd. Kleinschaligheid vergroot de overzichtelijkheid en is rustbevorderend. Dit zijn beide elementen die voor psychogeriatrische patiënten van belang zijn om controle te houden op hun omgeving. De koppeling van een beperkt aantal vaste verzorgers aan kleine groepen patiënten heeft verder het voordeel dat beter zorg op maat geboden kan worden. Kleinschaligheid biedt verder de mogelijkheid om groepen te vormen van mensen die bij elkaar passen voor wat betreft achtergrond, belangstelling of ziektestadium. Tot slot noemt de Gezondheidsraad als voordelen een prettiger werksfeer en het verzachten van het leed van familieleden.⁷³

3.7 Zorgvisie ten aanzien van vrijheidsbeperking

De afgelopen drie maanden is de toestand van mw. Van Stolberg in rap tempo verslechterd. Met periodes is zij nu zodanig in de war dat zij agressief reageert op iedereen die bij haar in de buurt komt. Zij gooit dan met voorwerpen en haalt ook naar personen uit als zij daartoe de kans krijgt. Ook is zij 's nachts onrustig, staat op en heeft zelfs al enkele malen het huis verlaten, waarna zij door de politie werd thuisgebracht. Het zorgteam staat nu samen met de fami-

⁶⁹ Fahrenfort, M., 2003, p. 15.

⁷⁰ Stoelinga, B. en M. Talma, 2003, p. 19-20.

⁷¹ Nouws, H., 2003, p. 6.

⁷² Fahrenfort, M., 2003, p. 16.

⁷³ Gezondheidsraad, 2002, p. 140-141.

lie voor het dilemma of mw. Van Stolberg sederende medicatie moet krijgen, gefixeerd moet worden of misschien toch beter kan worden opgenomen in een verpleeghuis.

Uit de onderzoeken onder verzorgingshuizen en zorgaanbieders waarop de Wet bopz niet van toepassing is blijkt dat overwegingen als hierboven in de casus beschreven regelmatig aan de orde zijn. Hoe een beslissing uiteindelijk uitvalt hangt dan sterk af van de zorgvisie.⁷⁴ Dit roept de vraag op hoe in het algemeen over toepassing van vrijheidsbeperking in de zorg ten aanzien van psychogeriatrische patiënten gedacht wordt. In tegenstelling tot in het buitenland waar over dit onderwerp uitgebreide literatuur bestaat, is hier in Nederland echter weinig over geschreven.⁷⁵ In deze paragraaf volgt een kort overzicht.

Uit de literatuur komt in ieder geval naar voren dat dé zorgvisie op toepassing van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten in Nederland niet bestaat. Wel kunnen een aantal factoren worden onderscheiden die mede bepalend zijn voor de vraag of een vrijheidsbeperking in een concrete situatie noodzakelijk en wenselijk is. De meest expliciete publicatie die over het onderwerp verschenen is, is de CBO-richtlijn 'het gebruik van vrijheidsbeperkende interventies in de zorg'.⁷⁶ Deze richtlijn richt zich niet alleen op psychogeriatrische patiënten, maar op alle patiënten bij wie vrijheidsbeperkende interventies worden overwogen. Vrijheidsbeperkingen worden hierin gedefinieerd als: 'alle interventies die beperkende gevolgen hebben voor de individuele vrijheid van de patiënten.' In het veld en in de literatuur worden ook andere begrippen gebruikt zoals beschermende maatregelen en middelen en maatregelen (M&M). Dielis-Van Houts c.s. stellen dat met het begrip 'beschermende maatregel' de risico's die deze interventie met zich meebrengt wordt onderschat. Zij vinden bovendien dat de term 'vrijheidsbeperkende interventie' beter aansluit bij de buitenlandse terminologie. In het Engels wordt bijvoorbeeld het begrip 'restraint' gebruikt.⁷⁷

Onder het begrip 'vrijheidsbeperkende interventie' wordt door het CBO beperking van de bewegingsvrijheid begrepen. Voorbeelden zijn het beperken van de mogelijkheid de kamer, de stoel of de afdeling te verlaten. Dit kan gebeuren door middel van het afsluiten van een kamer of de afdeling, of het gebruik van Zweedse banden, tafelbladen aan de stoel, het plaatsen van een blad onder een stoel, iemand in een diepe stoel plaatsen waar die niet zelfstandig uit op kan staan, dan wel het gebruik van bedhekken. De CBO vindt daarnaast het gebruik van elektronische hulpmiddelen, zoals belmatjes of camera's en afliuisterapparatuur voorbeelden van vrijheidsbeperkende interventies. Verder worden door het CBO interventies die beperkende gevolgen hebben voor de vrijheid om zelfstandig te kiezen onder de definitie begrepen. Voorbeelden zijn de vrijheid om zelf de dag in te delen, te kiezen wat en hoeveel men wil eten of drinken, hoeveel men wil roken of op welke wijze geld wordt besteed. Uit onderzoek van Bakker c.s. blijkt dat ook het ongemerkt toedienen van medicatie door veel zorgverleners als vrijheidsbeperkende

⁷⁴ Zie hierover uitgebreider hoofdstuk 7. Aanwijzingen voor een relatie tussen de zorgvisie en het inzetten van vrijheidsbeperkingen werden tevens gevonden door Koopmans, R.T.C.M., F.S. Wiersma, M. Bouwsma en H. Engelen, van, 1998.

⁷⁵ Een literatuuronderzoek werd verricht door Dielis-Van Houts, A.M., B.H.G.M. Lendemeijer en J.P. Hamers, 2002. Hierin is zowel Nederlandse als buitenlandse literatuur betrokken. Zie voor een uitvoerig overzicht van buitenlandse literatuur tevens Bilodeau, M., e.a., 2001.

⁷⁶ Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO en Verpleegkundig Wetenschappelijke Raad, 2001. Zie ook Lendemeijer, B.H.G.M., 2002 voor een nadere toelichting.

⁷⁷ Dielis-Van Houts, A.M., B.H.G.M. Lendemeijer en J.P. Hamers, 2002, p. 39.

maatregel wordt beschouwd.⁷⁸ Anders dan in bijvoorbeeld Canada wordt in Nederland het gebruik van psychofarmaca en sederende medicatie niet zo vaak als vrijheidsbeperking gezien.⁷⁹

Motieven voor toepassing van vrijheidsbeperking zijn vooral terug te voeren op bescherming van de patiënt. In de eerste plaats gaat het dan om bescherming tegen valgevaar, maar ook tegen agressie, tegen dwalen of tegen onrust of uitputting. De richtlijn omschrijft als motief voor gebruik dat er een gevaar, risico of nadeel voor de patiënt is. Ten aanzien van valgevaar bestaan overigens uiteenlopende opvattingen. Er is buitenlands onderzoek bekend dat laat zien dat toepassing van vrijheidsbeperking niet leidt tot vermindering van valrisico's.⁸⁰ In een recent ontwikkelde richtlijn van het CBO ter preventie van valincidenten bij ouderen wordt het gebruik van vrijheidsbeperkende interventies om deze reden eveneens afgeraden.⁸¹ Naast eerdergenoemde motieven wordt het voorkomen van verwijdering van medische hulpmiddelen als reden genoemd om vrijheidsbeperking toe te passen.⁸² Een andere reden die soms wordt opgevoerd is personeelsgebrek.⁸³

Behalve discussie over de wenselijkheid van vrijheidsbeperking bij valgevaar, bestaat ook ten aanzien van andere motieven om vrijheidsbeperking toe te passen verschil van inzicht. Zo zijn er onderzoeken die het gebruik van vrijheidsbeperking bij onrust afwijzen, omdat deze die onrust juist kunnen verergeren.⁸⁴ Onrust kan bovendien verschillende oorzaken hebben, bijvoorbeeld een medische. Door de juiste oorzaak op te sporen kan de onrust in sommige gevallen met andere hulpmiddelen worden weggenomen.⁸⁵ De verschillende opvattingen en uitkomsten van onderzoek laten zien dat verder onderzoek naar de noodzaak van vrijheidsbeperkende interventies bij psychogeriatrische patiënten en de mogelijkheden van alternatieven daarvoor wenselijk is.

De CBO-richtlijn 'gebruik van vrijheidsbeperkende interventies' benadrukt dat het voor een verantwoord besluit over het toepassen van een vrijheidsbeperking nodig is zoveel mogelijk informatie te verzamelen over inhoud, achtergronden van het mogelijke gevaar of risico, over de bekwaamheid van de patiënt om de eigen belangen te behartigen, de noodzaak juist deze interventie te gebruiken en inzicht in de gevolgen van de interventie. Veel waarde wordt gehecht aan het zoeken naar alternatieven. Een vrijheidsbeperkende maatregel kan volgens de CBO-richtlijn uitsluitend worden toegepast als minder ingrijpende alternatieven ontbreken.⁸⁶ Als voor een interventie wordt gekozen,

⁷⁸ Bakker, R.H., L.J. Tiesinga en T.W.N. Dassen, 1997, Bakker, R.H., L.J. Tiesinga, P. Gassman en T.W.N. Dassen, 2002.

⁷⁹ Zie Bilodeau, M., e.a., 2001. In Canada wordt hiervoor de term 'chemical restraints' gebruikt. Meer over het vrijheidsbeperkende karakter van psychofarmaca en sederende medicatie en de opvattingen daarover in het veld is te vinden in in hoofdstuk 7.

⁸⁰ Dielis-Van Houts, A.M., B.H.G.M. Lendemeijer en J.P. Hamers, 2002, p. 38.

⁸¹ CBO, 2004.

⁸² Dielis-Van Houts, A.M., B.H.G.M. Lendemeijer en J.P. Hamers, 2002, p. 38.

⁸³ Bakker, R.H., L.J. Tiesinga en T.W.N. Dassen, 1997, Bakker, R.H., L.J. Tiesinga, P. Gassman en T.W.N. Dassen, 2002, Inspectie voor de Gezondheidszorg, Verpleeghuizen garanderen minimale zorg niet, 2004.

⁸⁴ Dielis-Van Houts, A.M., B.H.G.M. Lendemeijer en J.P. Hamers, 2002, p. 38.

⁸⁵ Dijkman, J., 2003, p. 29-30.

⁸⁶ Over alternatieven voor vrijheidsbeperking wordt nog weinig gepubliceerd. Een positief voorbeeld is Hamer, T., 2000, waarin een andere bejegening van de patiënt wordt beschreven als alternatief voor het gebruik van psychofarmaca.

moet gebruik worden gemaakt van de minst ingrijpende. Dit kan patiëntafhankelijk zijn. Verder moet het doel van de interventie in redelijke verhouding staan tot het middel.

De besluitvorming vindt volgens deze richtlijn plaats in gezamenlijk overleg tussen zorgverleners, patiënten en familie.⁸⁷ De eindverantwoordelijkheid van de vrijheidsbeperkende interventie ligt bij degene die verantwoordelijk is voor behandeling en verzorging. Meestal is dit een arts. De uitvoering kan door anderen worden gedaan, die daartoe echter wel bekwaam moeten zijn.⁸⁸ De middelen die bij de uitvoering worden gebruikt moeten deugdzzaam en veilig zijn.⁸⁹ Bovendien moet er sprake zijn van voldoende toezicht en controle tijdens de toepassing.

In de richtlijn wordt tevens gewezen op het belang van communicatie en verslaglegging. Verslaglegging is nodig om het handelen van de zorgverlening achteraf te kunnen beoordelen.

In de literatuur wordt totnogtoe weinig aandacht geschonken aan de relatie tussen de verblijfplaats van patiënten en de noodzaak om vrijheidsbeperking toe te passen. Als hieraan aandacht wordt besteed, gaat het meestal over de vraag of dit juridisch is toegestaan. Hierover bestaat geen consensus.⁹⁰ De richtlijn van het CBO over vrijheidsbeperking legt weliswaar een relatie tussen de noodzaak om vrijheidsbeperking toe te passen en de wenselijkheid iemand over te plaatsen, maar doet dit op een andere manier dan in de praktijk gangbaar is. Door één van de opstellers van de richtlijn wordt een voorbeeld aangedragen van een patiënte die is opgenomen in een verzorgingshuis en bij wie vanwege haar geestestoestand vrijheidsbeperking wordt overwogen. Zowel de patiënte als haar dochters weigeren dit, waarna wordt opgemerkt dat er geen juridische argumenten zijn op basis waarvan vrijheidsbeperking is toegestaan. Aangeraden wordt de vrouw zonodig via een bopz-maatregel over te plaatsen naar een psychogeriatrische afdeling.⁹¹

Uit bovenstaande komt naar voren dat de motieven om vrijheidsbeperking toe te passen weliswaar overeenkomen, maar dat uit onderzoek blijkt dat de effectiviteit ervan lang

⁸⁷ Op grond van de resultaten van het onderzoek van Koopmans, R.T.C.M., F.S. Wiersma, M. Bouwsma en H. Engelen, van, 1998, vermoeden de auteurs dat er een verband is tussen de opvattingen van de vertegenwoordigers over de noodzaak om vrijheidsbeperkende interventies toe te passen en de instellingscultuur. Hieruit komt naar voren dat de wijze waarop informatie wordt verstrekt zeer bepalend kan zijn in de besluitvorming van de vertegenwoordiger. Zie over de rol van de familie en de invloed van zorgverleners uitgebreider hoofdstukken 5 en 7.

⁸⁸ Hamers en Van Wijmen (2003) pleiten ervoor dat de eindverantwoordelijkheid voor beslissing en uitvoering van vrijheidsbeperkingen in de zorg bij de verpleegkundige berust. Zij zijn van mening dat het erom gaat dat mensen een vorm van begeleiding en verzorging krijgen die onder andere op bescherming is gericht, hetgeen naar hun idee tot het verpleegkundig domein behoort. Bovendien is dit volgens hen in overeenstemming met hetgeen in de praktijk gangbaar is.

⁸⁹ De Inspectie (Veiligheidsrisico's bij het gebruik van bedden, bedhekken en fixatiematerialen in verpleeghuizen, 2000) wijst erop dat incidenten met vrijheidsbeperkende interventie veelal een combinatie is van onkunde van zorgverleners en het gebruik van ondeugdelijke hulpmiddelen. In de praktijk blijkt dat risico's van materialen onvoldoende bekend zijn bij zowel directies als zorgverleners, er worden onvoldoende richtlijnen gebruikt. Ook is beleid op het voorkómen van veiligheidsrisico's niet goed mogelijk door het ontbreken van adequate registraties.

⁹⁰ Zie hierover hoofdstuk 7.

⁹¹ Lendemeijer, B.H.G.M., 2002, p. 61.

nog niet altijd vaststaat. Nader onderzoek op dit terrein is dus geboden. Ook over de eindverantwoordelijkheid van de beslissing tot een vrijheidsbeperking bestaat nog geen volledige overeenstemming. Wel is men het eens dat in de beslissing patiënt en familie betrokken dienen te worden. Door onduidelijkheid over de reikwijdte van de juridische kaders wordt, althans in de literatuur, nog niet echt zorginhoudelijk ingegaan op de relatie tussen de aard van een vrijheidsbeperking en de plaats waar iemand verblijft. In hoofdstuk 7 zal blijken dat dit in de praktijk wel gebeurt. In dit hoofdstuk wordt bovendien gerapporteerd welke maatregelen het veld als vrijheidsbeperkend beschouwt.

3.8 Conclusie

Het aantal psychogeriatrische patiënten neemt door de dubbele vergrijzing sterk toe. De verwachting is dat die groei de komende jaren nog groter zal worden. De zorg moet daar op worden ingericht. De overheid doet dit op twee manieren. In de eerste plaats bewerkstelligt zij dat het aantal zorgvoorzieningen toeneemt. Dit is met name het geval voor (het aantal bedden in) verzorgingshuizen. Een tweede manier is het streven naar substitutie van zorg. Substitutie is enerzijds ingegeven om de kosten van de zorg te beperken, maar anderzijds vloeit substitutie ook voort uit een behoefte aan een betere afstemming op de zorgbehoefte van patiënten. Door toenemende individualisering in de maatschappij en doordat autonomie steeds belangrijker gevonden wordt, is de behoefte ontstaan om zo lang mogelijk zelfstandig in de maatschappij te functioneren. Als gevolg daarvan streeft de overheid ernaar om de zorg meer vraaggestuurd in te richten. Om die reden wordt langdurige zorg thans gefinancierd op basis van functiegerichte indicaties. Dat brengt met zich mee dat financiering niet meer afhankelijk is van de zorgvorm, maar van de zorgbehoefte. De bedoeling is dat de patiënt uiteindelijk vrij is in de wijze waarop hij zijn zorg inkoop.

De laatste jaren zijn tegen deze achtergrond, naast traditionele voorzieningen als verpleeg- en verzorgingshuizen, nieuwe zorgvoorzieningen ontstaan die zich bezighouden met zorg aan psychogeriatrische patiënten. Voorbeelden zijn woonzorgcomplexen en kleinschalige woonvoorzieningen. Daarnaast ontwikkelen ook andere spelers op de markt voor de gezondheidszorg, zoals ziekenhuizen en thuiszorg, nieuwe zorgproducten die afgestemd zijn op psychogeriatrische patiënten. Doordat zorgaanbieders steeds minder gehinderd worden door traditionele (financierings)schotten in de zorg zijn die nieuwe ontwikkelingen nog lang niet ten einde. In dit hoofdstuk werd ingegaan op verschillende zorgvoorzieningen waarvan sommige zorg voor psychogeriatrische patiënten 'erbij' krijgen, terwijl andere speciaal ontwikkeld zijn voor psychogeriatrische patiënten.

De Wet bopz houdt nog geen rekening met de transitie van aanbodgestuurde naar vraaggestuurde zorg. De reikwijdte van de wet beperkt zich tot de intramurale zorg van psychiatrie ziekenhuizen. De overheid is zich ervan bewust dat de inrichting van de wet eigenlijk niet meer geheel past in dit beleid. In de aanloop naar verdere aanpassingen is daarom besloten de reikwijdte van de wet uit te breiden naar verzorgingshuizen. Sinds 1999 kunnen verzorgingshuizen een aanmerking krijgen voor een afdeling die bedoeld is voor het bieden van zorg aan psychogeriatrische patiënten. Een dergelijke vergunning is noodzakelijk teneinde patiënten met een rechterlijke machtiging, een inbewaringstelling of een zogeheten art. 60-indicatie te kunnen opnemen. De zorg die door bopz-aangemerkte instellingen aan psychogeriatrische patiënten moet worden verleend kan vrijheidsbeperking impliceren. Er bestaat verschil van mening over de vraag of deze zorg ook door niet bopz-aangemerkte zorgaanbieders verleend mag worden. Deze vraag is relevant omdat op zeer veel plaatsen de Wet bopz niet van toepassing is.

Hoofdstuk 3

In een enge opvatting van de reikwijdte van het wettelijk systeem is behandeling waarbij vrijheidsbeperkingen of dwangbehandeling worden toegepast op niet bopz-plaatsen niet toegestaan. In deze opvatting strookt het wettelijk kader in ieder geval niet met een vraaggestuurde inrichting van de zorg. In een ruime opvatting mogen vrijheidsbeperkingen en dwangbehandeling op niet bopz-plaatsen wel worden toegepast. In de praktijk worden vrijheidsbeperkingen ook regelmatig toegepast, ook op plaatsen waar de Wet bopz niet geldt. In paragraaf 3.7 werd besproken dat onduidelijkheid over het juridische kader er in ieder geval toe heeft bijgedragen dat nog weinig is nagedacht over de relatie tussen toepassing van vrijheidsbeperking en de plaats waar iemand verblijft. Wel blijkt uit de literatuur dat er weliswaar consensus lijkt te zijn over motieven om vrijheidsbeperkingen toe te passen, maar niet over de effectiviteit daarvan.

In de volgende hoofdstukken wordt uitgebreid ingegaan op de wettelijke regelingen met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperkingen, de mate van rechtsbescherming die daarvan uitgaat en de discussie over de mogelijkheid van toepassing van vrijheidsbeperking op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is.

4. PIJLERS VAN MENSWAARDIGHEID

“En weet u wie dat is?” vroeg Nicolien op Maarten wijzend, want de aandacht van haar moeder verslapte.

‘Ja, een meneer.’

‘Nee, kijkt u nog eens goed.’

Ze draaide haar hoofd een beetje in zijn richting want hij zat aan de kant van het toegeknepen oog. ‘O ja, nou zie ik het.’

‘Wie is het dan?’

‘Een mevrouw.’ Ze keek Nicolien hulpeloos aan. ‘Ik wou zo graag mijn kind nog eens zien.’

‘Maar ik ben uw kind toch?’

‘Ben jij mijn kind?’ Ze streek Nicolien over haar arm. Er kwamen tranen in haar ogen. ‘Hou kan dat nou, dat ik dat niet meer weet?’ zei ze triest.

Ze brachten haar terug en zetten haar aan de tafel bij de zusters, met haar rug naar de deur. Ze begreep niet waar ze was en ook niet wie zij waren en wat ze gingen doen. ‘Ze gaan weg, wuift u maar,’ hoorde Maarten de zuster zeggen toen ze al op de gang waren en hij zag haar wuiven, zonder dat ze zich naar hen omdraaide, naast haar schouder, tegen niemand.”¹

4.1 Inleiding

In dit proefschrift staat wetgeving centraal die betrekking heeft op toepassing van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten. Wettelijke kaders worden beoordeeld op hun effectiviteit ten aanzien van de rechtsbescherming die bij toepassing van vrijheidsbeperking aan psychogeriatrische patiënten geboden wordt. Teneinde een oordeel te kunnen geven, is het noodzakelijk in te gaan op de vraag welke rechten in het geding zijn en aan welke uitgangspunten wetgeving moet voldoen om voldoende rechtsbescherming te kunnen bieden. De eerste vraag heeft betrekking op rechtsbeginselen, terwijl de tweede refereert aan kwaliteitseisen van wetgeving.

Rechtsbeginselen kunnen worden omschreven als de fundamenteën van het recht. Ze zijn van belang omdat hieraan het rechtvaardigheidsgehalte van het recht kan worden getoetst. Daarnaast kunnen rechtsbeginselen richting geven aan toekomstig recht. Een kenmerk van beginselen is dat zij geen ‘alles of niets’-karakter hebben.² Beginselen bestaan naast elkaar en kunnen weliswaar met elkaar in conflict komen, maar daarin is het ene beginsel niet belangrijker dan het andere. Een beginsel treedt nooit terug. Het is overal geldend.³

Volgens Soeteman hebben rechtsbeginselen geen normerend karakter: ze kunnen wel een rol spelen in argumentaties, maar nooit op zichzelf tot conclusies dwingen.⁴ Rechtsbeginselen kunnen daarom evenmin gebruikt worden om naar believen het ene of het andere standpunt te rechtvaardigen. Beginselen spelen niet in iedere situatie een even belangrijke rol. Van Wijmen stelt dat het afhangt van de benadering die men kiest en het

¹ Uit: De moeder van Nicolien, Voskuil, J.J., 1999.

² Scheltens, D.F., 1991.

³ Meuwissen, D.H.M., 1991, p. 18.

⁴ Soeteman, A., 1991.

onderwerp dat wordt behandeld welk gewicht beginselen in hun onderlinge samenhang hebben.⁵

In discussies geven auteurs sommige rechtsbeginselen soms zoveel meer nadruk dat die min of meer gaan fungeren als supra-beginsel. In het verleden is dit onder meer gedaan door Leenen en door Meuwissen.⁶ Daarmee wordt een nadere fundering gezocht voor het bestaan van andere beginselen. Het gedachtegoed van Leenen met betrekking tot rechtsbeginselen heeft sterke invloed gehad op het denken over gezondheidsrecht en op de wetgeving die de afgelopen decennia op het terrein van de gezondheidszorg is ontwikkeld.⁷ In zijn visie is de gezondheidszorg gestoeld op twee pijlers, te weten het zelfbeschikkingsrecht en het recht op gezondheidszorg. Het zelfbeschikkingsrecht als beginsel verschaft volgens hem een normatief kader voor de toetsing van de rechtspositie van de mens in de gezondheidszorg en ten aanzien van medisch handelen buiten de gezondheidszorg. Met name dit beginsel ziet hij als de hoogste waarde van het menselijk bestaan. Hij geeft aan:

'De grondslag van het zelfbeschikkingsrecht is het principe van de vrije autonome mens die een inherente waardigheid heeft welke onvoorwaardelijk respect verdient. Wordt dit principe losgelaten, dan wordt de mens gemakkelijk als een object beschouwd en voorwerp van manipulatie. Dat is in het verleden geschied en gebeurt heden nog.'⁸

Dat zelfbeschikking een zeer relevant beginsel is en een substantieel deel uitmaakt van een menswaardig bestaan is naar mijn idee onbetwist. De vraag rijst echter in hoeverre het zelfbeschikkingsrecht als leidraad kan dienen bij het waarborgen van rechten van mensen die zelf niet tot uitoefening van autonomie in staat zijn. In het ziekteproces van psychogeriatrische patiënten komt er vroeg of laat een moment waarop patiënten niet meer zelfstandig kunnen beslissen. In dit hoofdstuk wil ik een voorstel doen voor een theoretisch kader waarmee aan menswaardigheid in de behandeling en bejegening van psychogeriatrische patiënten meer gestalte kan worden gegeven dan wanneer uitsluitend zelfbeschikking als uitgangspunt genomen wordt.

Ter onderbouwing van dit voorstel worden de standpunten van Leenen nader beschouwd. Ook andere auteurs hebben over zelfbeschikking geschreven. Sommigen hebben de leer van Leenen aangevuld, terwijl anderen hierop kritiek hebben geuit. Voor zover relevant worden standpunten van deze auteurs besproken. In de paragrafen 4.3 tot en met 4.5 worden de contouren van het theoretisch kader geschetst, waarin het begrip menswaardigheid centraal staat.

Beginselen kunnen in de praktijk niet worden geëffectueerd zonder goede wetgeving. In het tweede deel van dit hoofdstuk komt de vraag aan de orde op welke wijze richtinggevende ideeën en beginselen effectief in regelgeving zouden kunnen worden vervat. Om bestaande wetgeving te kunnen toetsen is het noodzakelijk een toetsingskader te ontwikkelen. In de slotparagraaf van dit hoofdstuk wordt een dergelijk kader geformuleerd. Daarmee wordt de eerste op p. 20 in hoofdstuk 1 genoemde deelvraag beantwoord.

4.2 Zelfbeschikking

Leenen definieert zelfbeschikkingsrecht als een persoonlijke keuze van normen en waarden met betrekking tot het eigen leven, ook al kan dat een afwijking betekenen van

⁵ Wijmen, F.C.B., van, Driehoeksverhoudingen, 1990, p. 29.

⁶ Leenen, H.J.J. en J.K.M. Gevers, 2002 Meuwissen, D.H.M., 1991.

⁷ Waaldijk, C. en R.A.P. Tielman, 1984.

⁸ Leenen, H.J.J. en J.K.M. Gevers, 2000, p. 32.

hetgeen in de samenleving van dat moment gangbaar is. De grondslag van het zelfbeschikkingsrecht is volgens hem het principe van de vrije, autonome mens, die een inherente waardigheid heeft welke onvoorwaardelijk respect verdient, en die over zijn eigen leven kan beslissen. Zelfbeschikking in de definitie van Leenen veronderstelt vrijheid. Zonder vrijheid is zelfbeschikking niet mogelijk. In de visie van Leenen zijn vrijheid en zelfbeschikking twee kanten van dezelfde medaille. Waar bij het vrijheidsbeginsel de nadruk wordt gelegd op nalaten door anderen, wordt binnen het kader van zelfbeschikking meer het recht van de mens om naar zijn eigen levensconcept te leven geaccentueerd.⁹

Zelfbeschikking is volgens Leenen een recht dat te allen tijde geldend is. Ook wanneer mensen niet in staat zijn om dit recht uit te oefenen blijven zij dit recht houden. In die situatie moet met respect voor zelfbeschikking gehandeld worden:

'De mens mag niet worden beroofd van wat zijn wezen uitmaakt, niet tot object worden gemaakt en tot een middel worden gedegradeerd. Hij moet de mogelijkheid houden zijn leven volgens eigen opvatting te leven en voor zover hij dat (tijdelijk) niet kan of het hem niet kan worden toegestaan, dient de daaruit voortvloeiende beperking niet verder te gaan dan nodig en gericht te zijn op een zo spoedig mogelijk herstel van de eigen beschikkingsmogelijkheid.'¹⁰

Leenen ziet drie grenzen aan zelfbeschikking. In de eerste plaats mag uitoefening van het zelfbeschikkingsrecht van een persoon niet leiden tot het beperken van de ruimte voor rechten van anderen. Bedoeld wordt hier de situatie waarin de wensen van de één een inbreuk betekenen op het zelfbeschikkingsrecht van een ander. Daarnaast mag de uitoefening niet leiden tot schade bij anderen. Daarom kan de overheid het zelfbeschikkingsrecht soms beperken, bijvoorbeeld om besmettelijke ziekten te voorkomen of om het algemeen belang te beschermen. Tot slot kan een grens aan zelfbeschikking ook voortvloeien uit ongerechtvaardigde ongelijkheid tussen mensen of om machtsverhoudingen te reguleren.

Het feit dat een mens kiest betekent volgens Leenen dat hij ook verantwoordelijk is. Zonder zelfbeschikking zou de schuldvraag niet kunnen worden gesteld. Deze toevoeging impliceert dat binnen zijn definitie zelfbeschikking weloverwogen gebeurt, hoewel hij dit laatste niet expliciet stelt. Het feit dat een keuze bewust gemaakt wordt bestempelt het tot een menselijke gedraging. Ook andere auteurs stellen dat bewust kiezen tevens met zich meebrengt dat iemand in staat is om kritisch te reflecteren op zijn opvattingen en wensen, en daarmee verantwoordelijk kan worden gehouden voor keuzes die gemaakt zijn.¹¹ Hieruit blijkt dat naast de drie door Leenen genoemde grenzen in de uitoefening van het zelfbeschikkingsrecht een vierde kan worden onderscheiden die is gelegen in de mate waarin iemand weloverwogen beschikt en verantwoordelijk kan worden gehouden voor de keuze die hij maakt.

In de literatuur wordt voor de situatie waarin mensen niet in staat zijn om een redelijke belangenafweging te maken, met name aandacht geschonken aan de wijze waarop zelfbeschikking dan toch zoveel mogelijk gewaarborgd moet blijven.

⁹ Leenen, H.J.J. en J.K.M. Gevers, 2000, p. 33.

¹⁰ Leenen, H.J.J. en J.K.M. Gevers, 2000, p. 35-36.

¹¹ Bauduin, D.M.J., 1986, p. 21-26, Verkerk, M., 1999, p. 31.

Legemaate formuleert in dit verband in lijn met het gedachtegoed van Leenen het bekwaamheidsbeginsel: iemand is bekwaam tot het uitoefenen van het zelfbeschikkingsrecht, tenzij in een concreet geval het tegendeel komt vast te staan.¹²

Laurs stelt dat wanneer duidelijk is dat patiënten als gevolg van hun geestesstoornis niet in staat zijn hun eigen belangen te behartigen, adequate voorzieningen getroffen dienen te worden. Overheidsingrijpen is dan in het belang van de patiënt.¹³ Desondanks is Laurs met Legemaate van mening dat ook bij psychiatrische patiënten zelfbeschikking in beginsel prevaleert: zolang niet duidelijk is of het handelen van patiënten overwegend berust op willens en wetens gedane keuzen, staat het anderen niet vrij dit handelen bij voorbaat te frustreren door rechtsuitoefening onmogelijk te maken.

Ook Leenen zelf erkent dat een individuele predispositie tot gevolg kan hebben dat iemand in een uitzonderingspositie wordt gebracht door middel van een wettelijke beperking. Een voorbeeld daarvan is de gedwongen opname in een psychiatrisch ziekenhuis vanwege een psychische stoornis. In dit soort gevallen moet volgens hem de uitzondering worden beheerst door dezelfde norm als waarop zij een uitzondering is en moet de uitwerking van die norm ook zoveel mogelijk gehandhaafd blijven. Hij noemt dit het exceptiebeginsel. Het brengt met zich mee dat inbreuken een tijdelijk karakter hebben en dat binnen de noodzakelijke beperking het zelfbeschikkingsrecht zoveel mogelijk gehandhaafd dient te blijven. In de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet bopz) komt dit tot uitdrukking doordat iemand met een geestelijke stoornis vanwege gevaar voor anderen tegen zijn wil kan worden opgenomen. Opname betekent echter niet automatisch dat de geestelijk gestoorde ook tegen zijn wil kan worden behandeld: hij heeft wel een recht op behandeling, maar of en hoe hij wordt behandeld is allereerst zijn eigen keuze. Wanneer iemand niet in staat is om een redelijke afweging te maken ten aanzien van zijn belangen, blijft de inbreuk op zelfbeschikking beperkt indien een vertegenwoordiger beslissingen neemt in de geest van de wilsonbekwame patiënt. Ook verzet van een wilsonbekwame patiënt wordt gehonoreerd. Behandeling tegen de wil van een patiënt is pas toegestaan, als deze strikt noodzakelijk is om gevaar te voorkomen. Aldus is de Wet bopz in overeenstemming met de leer van Leenen.

Samenvattend kan worden gesteld dat de zelfbeschikkingstheorie het belang van het recht op vrije keuze benadrukt en handreikingen biedt om zelfbeschikking zoveel mogelijk te waarborgen in situaties waarin die moet worden beperkt. Hoewel grenzen van zelfbeschikking worden onderkend, wordt in de theorie zoals die door Leenen is geformuleerd niet nadrukkelijk als grens meegenomen dat de mate waarin iemand weloverwogen keuzes kan maken en daarvoor verantwoordelijk kan worden gehouden eveneens van invloed is op het zelfbeschikkingsrecht.

De zelfbeschikkingstheorie biedt een goede leidraad voor situaties waarin men van doen heeft met wilsonbekwame patiënten, met tijdelijk onbekwame patiënten en patiënten die – ook al worden ze wilsonbekwaam beschouwd – zich in ieder geval kunnen uiten. Zij biedt echter geen uitweg wanneer moet worden ingegrepen indien iemand niet in staat is tot zelfbeschikking. Evenmin laat zij zien om welke reden moet worden ingegrepen. Ook is niet duidelijk hoe moet worden ingegrepen als geen wilsuitingen bekend zijn. Dit is met name niet het geval als een patiënt tot geen enkele wilsuiting, ook niet non-verbaal, in staat is. Zonder wilsuiting is in deze theorie van een inbreuk op zelfbeschikking zelfs in het geheel geen sprake. Al deze aspecten spelen in de zorg voor psy-

¹² Legemaate, J., 1991, p. 206.

¹³ Laurs, P.J.H., 1988, p. 136.

chogeriatische patiënten voortdurend een rol. Daarom geeft zelfbeschikking als theoretisch model voor de zorg aan psychogeriatische patiënten onvoldoende sturing.

4.3 Menswaardigheid

De positie die Leenen aan het zelfbeschikkingsrecht heeft toegekend, heeft zoals verschillende auteurs terecht constateren een grote bijdrage geleverd aan de emancipatie van de patiënt.¹⁴ Van der Burg stelt dat Leenen's theorie bovendien een wezenlijke impuls heeft gegeven aan het vinden van een oplossing van de belangrijkste thema's uit de jaren zeventig. Voorbeelden van dergelijke thema's zijn abortus en euthanasie, maar ook de behandeling van psychiatrische en andere patiënten. Hij constateert echter dat Leenen's liberale model veel van de vragen waar we nu mee leven onbeantwoord laat.¹⁵ In deze en de volgende paragraaf wil ik daarom komen tot een theoretische benadering die meer aanknopingspunten bevat om de rechtsbescherming die psychogeriatische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperking hebben te kunnen beoordelen.

Met het formuleren van een supra-beginsel, zoals Leenen (zelfbeschikking en recht op gezondheidszorg) en Meuwissen (vrijheid) dit hebben gedaan, wordt een nadere fundering gezocht voor het bestaan van andere beginselen. Veel auteurs verwerpen echter de idee van een supra-beginsel.¹⁶ Met zo'n benadering wordt immers één aspect benadrukt, waarmee het menszijn als geheel echter onvoldoende wordt weergegeven. Rechtsbeginselen bestaan immers niet op zichzelf: het zijn fundamentele van rechtsstelsels die door mensen bedacht zijn om uitdrukking te geven aan wat volgens hen een menswaardig bestaan is.¹⁷ In mensenrechtenverdragen zoals de Universal Declaration of Human Rights (1948) en het Europese verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Evr) komt die menselijke waardigheid als overkoepelend begrip duidelijk tot uitdrukking.¹⁸ Ook in de Duitse Grondwet wordt menswaardigheid genoemd.¹⁹ Dit indiceert dat het om een belangrijk begrip gaat.

Volgens Soeteman is menswaardigheid geen feitelijke eigenschap, maar een normatieve kwaliteit, een recht op bejegening als medemens die eenieder toekomt zodra en zolang hij mens is.²⁰ De opvatting van wat menswaardigheid is, kan per tijd en per cultuur verschillend zijn.²¹ Daardoor is het de vraag of het als een beginsel gezien kan worden. Desondanks kan het begrip een leidraad vormen in de bepaling op welke wijze beginselen bezien en gewogen dienen te worden teneinde recht te vormen.²² Discussies over beginselen worden immers vaak gevoerd, zonder dat een doel van die discussies ter

¹⁴ Laurs, P.J.H., 1988, p. 124, Burg, W., van der, 1996, Widdershoven, G.A.M. en R.L.P. Berghmans, 2000.

¹⁵ Van der Burg noemt in dit verband de beschermwaardigheid van het embryo of de discussie rond de levensbeëindiging van ernstig gehandicapte pasgeborenen.

¹⁶ Leijten, J.C.M., 1991, Soeteman, A., 1991, Scheltens, D.F., 1991, Goldschmidt, J.E., 1984.

¹⁷ Alkema, E.A., 1995.

¹⁸ Met name de preambule van de Universele Verklaring van de rechten van de mens vermeldt de waardigheid van de mens uitdrukkelijk.

¹⁹ Zie art. 1 van de Duitse Grondwet: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt".

²⁰ Soeteman, A., 1988, p. 63.

²¹ Soeteman, A., 1991.

²² Zie Elders, J., 1987. Deze spreekt in dit verband van het beschouwen van beginselen in onderlinge samenhang teneinde rechtvaardigheid te toetsen.

Hoofdstuk 4

sprake komt. Ook Van der Burg pleit ervoor om normatieve uitgangspunten meer te zien in het licht van menselijke waardigheid.²³

Soeteman gebruikt het begrip als grondslag voor een theorie om de beginselen en waarden in hun onderling verband te schetsen.²⁴ Daarbij onderscheidt hij een tolerante en een moralistische interpretatie van menselijke waardigheid. Bij een tolerante interpretatie is sprake van morele onafhankelijkheid van individuen. Er is dan veel ruimte voor autonomie. Daarbij kunnen aan de besluitvorming van het individu hooguit wat zwaardere eisen worden gesteld, bijvoorbeeld door hem te dwingen er nog eens over na te denken alvorens tot uitvoering over te gaan. Deze visie sluit aan bij wat ook wel zwak paternalisme wordt genoemd: het individu wordt beschermd tegen onvrijwillig handelen in strijd met zijn belang. Bij de moralistische interpretatie wordt de menselijke waardigheid ingevuld vanuit een levensbeschouwing over wat goed is voor individuen. Deze visie hangt meer samen met sterk paternalisme. Hierin prevaleert het standpunt over wat goed is zonodig boven de wil van het individu.

Over menswaardigheid werd eveneens geschreven door Blankman.²⁵ Hij geeft aan dat menswaardigheid een ethisch beginsel is dat voor het recht van belang is omdat rechtsregels op dit beginsel zijn of kunnen worden gebaseerd. Blankman stelt dat de invulling van het begrip menswaardigheid binnen de context van de zorg voor verstandelijk gehandicapten direct verband houdt met de rechtsbescherming van mensen. Volgens hem kan de bescherming van deze groep langs twee benaderingen worden gerealiseerd. In de eerste benadering dient er afdoende beschermd te worden vanuit de opvatting dat de verstandelijk gehandicapte zelf niet in staat is om al zijn rechten zelfstandig uit te oefenen. In de tweede ligt de nadruk meer op de vermogens die een verstandelijk gehandicapte wel bezit. In deze benadering is het accent, conform de leer van Leenen, meer op het zelfbeschikkingsrecht gericht.

Voor een optimale uitwerking van de menswaardigheid van de verstandelijk gehandicapte kan volgens Blankman geen van beide benaderingen worden gemist. Zo stelt hij dat het eenzijdig benadrukken van de eigen mondigheid tot ongewenste, of zelfs mensonwaardige situaties kan leiden. Hij noemt het irrealistisch te doen alsof er geen handicap is. Anderzijds is hij van mening dat ook een te sterke nadruk op bescherming kan leiden tot mensonwaardige toestanden.

Interessant aan de benadering van Blankman is dat hij conform de gangbare leer over beginselen is. Volgens deze leer hebben beginselen geen 'alles of niets'-karakter, zoals in de inleiding van dit hoofdstuk reeds werd aangegeven. Blankman geeft verschillende beginselen een plek, zonder de een boven de andere te stellen.

Het voorgaande samenvattend kan worden gesteld dat menswaardigheid moet worden gezien als overkoepelend begrip van rechtsbeginselen. Beginselen vullen elkaar niet alleen aan, maar kunnen ook met elkaar conflicteren. Daarom is menswaardigheid niet alleen de som van beginselen, maar ook de balans daartussen. Het kan worden gezien als een toetssteen op basis waarvan kan worden bepaald hoe mensen elkaar dienen te behandelen en bejegenen. Nadeel van menswaardigheid als overkoepelend begrip is dat de inhoud ervan tijd- en plaatsgebonden kan zijn. Voor sommigen roept dit de vraag op of menswaardigheid zelf als beginsel moet worden beschouwd. Desondanks kan het begrip een bijdrage leveren in de discussie over wat fundamenteel zijn van het recht,

²³ Burg, W., van der, 1996, p. 201.

²⁴ Soeteman, A., 1988.

²⁵ Blankman, K., Menswaardigheid en rechtsbescherming van geestelijk gehandicapten, 1992.

vanwege het feit dat het samengesteld is uit verschillende aspecten en omdat het tevens een uitdrukking is van de onderlinge verbanden. In discussies kunnen bepaalde beginselen soms meer accent krijgen. Dit betekent dan geenszins dat andere dan minder importantie hebben, hoewel het gevaar bestaat dat die in dat geval uit het oog worden verloren. Daarom is het belangrijk dat zowel in discussies over menswaardigheid in het algemeen als in discussies waarin menswaardigheid in een concrete situatie wordt besproken, de juiste belangen worden afgewogen.

4.4 Belangenafweging ter wille van menswaardigheid

4.4.1 Inleiding

Aansluitend op het voorgaande rijst de vraag welke belangen of beginselen ten aanzien van psychogeriatrische patiënten gewogen zouden moeten worden om menswaardigheid in de zorg te bereiken. In deze paragraaf wordt het begrip bescherming nader beschouwd en wordt bovendien onderzocht of naast zelfbeschikking vrijheid als beginsel in de belangenafweging zou moeten worden betrokken.

4.4.2 Bescherming

Over bescherming als rechtsbeginsel is door weinig gezondheidsjuristen geschreven. Naast Blankman, die hiervoor werd aangehaald, maakt ook Van de Klippe gewag van het beschermingsbeginsel.²⁶ Zij leidt het af uit het ethische beginsel van weldoen.²⁷ Bescherming is volgens Van de Klippe een taak van de overheid. In die context heeft het begrip verschillende betekenissen; allereerst bescherming van (het zelfbeschikkingsrecht van) anderen, en in de tweede plaats bescherming van de collectieve gezondheid en van het algemene belang. Over het beschermen van een persoon door diens zelfbeschikkingsrecht te beperken op grond van dreigende schade aan het eigen belang, geeft zij aan dat dit in onze samenleving al snel beschouwd wordt als onaanvaardbare uitholling van zelfbeschikking. Dit is zeker het geval als het gaat om schade die personen min of meer bewust over zichzelf afroepen. Van de Klippe haalt hierbij autoracen of bungee jumping als voorbeelden aan. Zij stelt echter dat wanneer sprake is van een geestesstoornis, ingrijpen door de overheid sneller aanvaardbaar wordt geacht.

Laurs noemt het beschermingsbeginsel niet met zoveel woorden, maar in zijn tekst is wel een aanwijzing te vinden dat hij de inhoud ervan onderschrijft.

'Wanneer daarentegen duidelijk is, dat patiënten tengevolge van hun geestesstoornis niet in staat zijn hun eigen belangen te behartigen, dan dient men adequate voorzieningen te treffen. De zelfontplooiing van mensen kan namelijk ernstig worden geschaad als hun belangen onbeschermd blijven.'²⁸

Laurs vindt dat bescherming dient plaats te vinden als er gevaar voor anderen dan de patiënt bestaat. Ook gevaar voor de patiënt zelf kan echter volgens hem een grond voor vrijheidsbeneming zijn. Allereerst moet dan duidelijk zijn dat mensen niet in staat zijn tot een redelijke waardering van hun belangen. Voor vrijheidsbeneming dient dan vervolgens de eis te worden gesteld dat slechts door deze maatregel ernstige schade die de patiënt anders naar alle waarschijnlijkheid aan zichzelf zou toebrengen kan worden afgewend.

²⁶ Klippe, C.J., van de, 1997, p. 203.

²⁷ Berghmans, R.L.P., 1992.

²⁸ Laurs, P.J.H., 1988, p. 134.

Legemaate bespreekt in navolging van Leenen drie beginselen die uit de fundamentele betekenis van het zelfbeschikkingsrecht voortvloeien en die voor zelfbeschikking van belang zijn. Naast het bekwaamheids- en het exceptiebeginsel is dit het rechtsbeschermingsbeginsel: naarmate het zelfbeschikkingsrecht meer onder druk staat, zijn verdergaande maatregelen ter bescherming van dit recht vereist. In deze context gaat het niet in de eerste plaats om bescherming van de gezondheidstoestand, maar om procedurele bescherming.²⁹ In feite gaat het daarbij om een andere dimensie van het beschermingsbeginsel.

4.4.3 Vrijheid

In paragraaf 4.2 werd besproken dat het vrijheidsbeginsel door Leenen wordt gezien als een nalaten door anderen. Bovendien werd aangegeven dat volgens hem vrijheid van dezelfde aard is als zelfbeschikking, waarbij het laatste beginsel de actieve component weergeeft (zelf kiezen). Meuwissen benadert het begrip vrijheid anders. In zijn visie is zelfbeschikking een onderdeel van vrijheid.³⁰

Vrijheid wordt door Meuwissen omschreven als de fundering van alles wat recht en ethiek is, in de traditie van de vrijheidsfilosofie van Rousseau, Kant en vooral Hegel. Het begrip heeft twee betekenissen. De eerste is de handelingsvrijheid, namelijk dat de mens vrij is voor zover hij kan doen en laten zoals hij wil. Volgens Meuwissen veronderstelt de handelingsvrijheid de tweede betekenis van vrijheid: de wilsvrijheid.

Meuwissen stelt dat ook rechtsbeginselen die op hun beurt de grondslag voor de rechtsstaat vormen, een nadere fundering behoeven (supra-beginsel). Rechtsbeginselen kunnen daarom worden gezien als de uitwerking van de klassieke natuurrechtsleer. Het begrip vrijheid wordt nader uitgewerkt in vijf materiële beginselen.³¹ Meuwissen geeft aan dat tegen een verdere onderverdeling van de door hem geformuleerde vijf basisbeginselen in andere beginselen geen bezwaar hoeft te bestaan, maar vindt dat daarmee niets nieuws aan het oorspronkelijke beginsel wordt toegevoegd. Zo bezien is volgens hem het zelfbeschikkingsrecht een verdere uitwerking van het door hem geformuleerde beginsel van respect voor de menselijke persoonlijkheid als zodanig.

Ook in de visie van Meuwissen speelt de wil een belangrijke rol, maar in tegenstelling tot de visie van Leenen is in zijn benadering handelingsvrijheid niet afhankelijk van een wilsuiting.³² Minder nadruk legt hij op vrijheid in de zin van non-interventie door anderen, terwijl dit evenzeer een wezenlijk onderdeel van vrijheid is.³³ Het belang van dit aspect van vrijheid kan tevens worden gedestilleerd uit de formuleringen van het Evrm, waar de nadruk ligt op non-interventie. Art. 5 schrijft voor dat niemand zijn vrijheid mag worden ontnomen, behalve in de in deze bepaling genoemde gevallen. Art. 2 van het Vierde Protocol bij het Evrm legt een verbod van vrijheidsbeperking op, al staat deze eveneens enkele uitzonderingen toe. Beide bepalingen laten bovendien nadrukkelijk zien dat het niet alleen om een beperking van keuzevrijheid gaat maar dat de bewe-

²⁹ Legemaate, J., 1991, p. 206.

³⁰ Meuwissen, D.H.M., 1991.

³¹ Genoemd worden (1) het beginsel van respect voor de menselijke persoonlijkheid als zodanig, (2) het beginsel van respect voor de geestelijke en lichamelijke aspecten van het persoon zijn, (3) het vertrouwensbeginsel, (4) het beginsel van verantwoordelijkheid en (5) het beginsel der gerechtigheid.

³² Zo ook Rood-de Boer, M., 1991, p. 88-89 die in dit verband van keuzevrijheid spreekt.

³³ Dit laatste wordt door ethici ook wel 'negatieve vrijheid' genoemd. Zie o.a. Widdershoven, G.A.M. en R.L.P. Berghmans, 2000.

gingsvrijheid eveneens onder het vrijheidsbegrip gerekend moet worden. Bij Meuwissen valt de bewegingsvrijheid onder de handelingsvrijheid.

4.4.4 Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat bescherming kan worden beschouwd als een rechtvaardiging voor ingrijpen in fundamentele rechten van een individu. De intentie kan zijn gericht op het beschermen van de belangen van anderen, van het algemeen belang of van de persoon zelf. In de beschreven literatuur wordt bescherming steeds geplaatst tegenover zelfbeschikkingsrecht. Een rechtvaardiging om een persoon tegen zichzelf te beschermen is gelegen in het feit dat iemand niet in staat is om zijn eigen belangen te behartigen. Naast zelfbeschikking is echter ook het vrijheidsbeginsel relevant om in afwegingen omtrent de zorg aan psychogeriatrische patiënten te betrekken. Vrijheid omvat tenminste twee dimensies, te weten vrijheid van handeling – waaronder tevens bewegingsvrijheid moet worden begrepen – en vrijheid van keuze (wil). Deze dimensies vallen deels maar niet volledig samen met zelfbeschikking. Van belang is te onderkennen dat vrijheid niet afhankelijk hoeft te zijn van een wilsuiking. Een vrijheidsbeperking is dan ook niet afhankelijk van een wilsuiking om als zodanig beschouwd te worden. Een interventie die de vrijheid van een patiënt beperkt dient daarom gerechtvaardigd te worden en bovendien te voldoen aan de eisen die verdragen aan vrijheidsbeperking stellen.

4.5 *Nastreven menswaardigheid door goede en verantwoorde zorg*

Een aantal auteurs is niet gelukkig met het begrip bescherming, omdat het de associatie met of het gevaar van paternalisme oproept. Verwerpelijk vindt men vooral de gedachte dat een ander beter dan het individu zelf kan bepalen wat in diens belang is³⁴, hetgeen dan appelleert aan wat Soeteman 'sterk paternalisme' noemt. De associatie met paternalisme indiceert mijns inziens echter niet zozeer dat de grond niet deugdelijk is, maar meer dat het beginsel bescherming niet laat zien hoe een afweging moet worden gemaakt. Iemand anders kan misschien wel degelijk een betere belangenafweging maken, maar de vraag is dan hoe hij tot zijn beslissing komt. Kan hij ook inzichtelijk maken dat zijn belangenafweging beter is?

Mede vanwege het gevaar voor het ontstaan van paternalisme in het nastreven van bescherming hebben verschillende auteurs een poging gedaan om op het terrein van de zorg een nieuw uitgangspunt te formuleren en wel het beginsel van goede zorg. Van Wijmen beschouwt 'goede zorg' in 1990 als de beginselcomponent van het recht op gezondheidszorg dat in art. 22 GW is vastgelegd en dat door Leenen als een van de pijlers van het gezondheidsrecht wordt gezien.³⁵ In het verlengde van een tussen Leenen en Sluyters gevoerde discussie over grondslagen van gezondheidsrecht³⁶ vindt Van Wijmen dat niet van een recht op gezondheidszorg gesproken dient te worden, maar rechtsbeginselen beginselen te laten en daarom te spreken van het beginsel van goede zorg. Dit beginsel vloeit in zijn visie met name voort uit rechtsbeginselen als gelijkheid en billijkheid in hun sociale dimensie. Met Leenen is hij van mening dat goede zorg naast een gelijke toegankelijkheid ook een kwaliteitsdimensie in zich heeft. Leenen zegt hierover het volgende:

³⁴ Berghmans, R.L.P., 1992.

³⁵ Wijmen, F.C.B., van, Driehoeksverhoudingen, 1990, p. 28.

³⁶ Zie Sluyters, B., 1985 en reacties daarop (onder meer Ippel, P.C., 1986). Zie ook Leenen, H.J.J. en J.K.M. Gevers, 2002, p. 24.

'Ieder heeft recht op een gelijke, deskundige zorg en op gelijke kwaliteit van zorg. Omdat verbintenissen van hulpverleners in het algemeen inspannings-verbintenissen zijn, betekent dit, dat de hulpverlening conform de professionele standaard zich ten opzichte van allen, die een beroep op haar doen, op een gelijke wijze dient in te spannen om een kwalitatief goede zorg te verlenen'.³⁷

Gevers heeft het in dit verband over het hulpverleningsbeginsel, hetgeen eveneens gezien kan worden als een uitdrukking van goede zorg.³⁸ Het wezen van hulpverlening is het genezen en voorkomen van aandoeningen, het verzachten van het lijden en het begeleiden van patiënten. Hulpverlening is voor een hulpverlener op zijn minst een morele plicht en komt in de wet onder meer tot uitdrukking in het goed hulpverlenerschap van art. 7:453 BW.³⁹

Laurs stelt dat goede zorg in de context van de psychiatrie enkele bijzondere aspecten heeft, die naar mijn mening evenzeer in het kader van de psychogeriatric van toepassing zijn. Psychiatrische stoornissen kunnen in de visie van Laurs aangrijpen op de persoonlijkheid en brengen het risico mee van onnodige verering, omdat de patiënt niet onderkent dat hij gezondheidszorg behoeft. Mede om deze redenen zal, wanneer de patiënt niet in staat is om persoonlijk zijn recht op zorg in te roepen, gewaarborgd moeten zijn dat deze toch de benodigde zorg krijgt. Zonodig kan dit volgens hem zelfs gebeuren tegen de wil van de patiënt. In deze betekenis raakt goede zorg aan het beschermingsbeginsel.

Ook brengt het beginsel met zich mee dat bij vrijheidsbeneming die wordt aangewend om gevaar voor de patiënt of voor anderen te voorkomen, eveneens kwalitatief goede zorg moet worden geboden, want zonder dit is volgens Laurs vrijheidsbeneming niet goed te rechtvaardigen.⁴⁰

Volgens de hiervoor besproken gezondheidsjuristen heeft het beginsel van goede zorg enerzijds een collectieve component, waarbij de overheid kwaliteit, doelmatigheid, toegankelijkheid en bescherming in de zorg voor eenieder nastreeft en in die zorg een inspanningsverplichting heeft. Bescherming betekent hier dan vooral bescherming van de (volks)gezondheid en bescherming van (patiënten)rechten. Anderzijds herbergt goede zorg een individuele component waarbij de zorgverlener in een zorgrelatie net als de overheid kwaliteit, doelmatigheid, toegankelijkheid en bescherming nastreeft voor de patiënt en eveneens een inspanningsverplichting heeft in de zorg. Beide componenten zijn in verschillende formuleringen in de wet terug te vinden. In dit verband kunnen worden genoemd de Kwaliteitswet Zorginstellingen en de Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg die het begrip 'verantwoorde zorg' hanteren (art. 2 Kwz):

Art. 2 Kwz:

De zorgaanbieder biedt verantwoorde zorg aan. Onder verantwoorde zorg wordt verstaan zorg van goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelma-

³⁷ Leenen, H.J.J., 1984, p. 63-64.

³⁸ Gevers, J.K.M., 1988.

³⁹ In sommige gevallen bestaat zelfs een wettelijke hulpverleningsplicht, bijvoorbeeld in noodsituaties (artt. 255 en 455 Sr.) Op basis van art. 38 lid 1 bopz verplicht de geneesheer-directeur of bopz-arts van een psychiatrisch ziekenhuis of verpleeginrichting om zo spoedig mogelijk een behandelplan op te stellen na een onvrijwillige opneming. Zie over hulpverleningsplicht uitgebreider Leenen, H.J.J. en J.K.M. Gevers, 2002, p. 51-58.

⁴⁰ Laurs, P.J.H., 1988, p. 138-139.

tig en patiëntgericht wordt verleend en die afgestemd is op de reële behoefte van de patiënt.

Art. 40 lid 1 BIG

Degene die in een register als bedoeld in artikel 3 staat ingeschreven of die een beroep uitoefent waarvan de opleiding krachtens artikel 34, eerste lid, is geregeld of aangewezen, en die zijn beroep uitoefent anders dan in het kader van een instelling als bedoeld in de Kwaliteitswet zorginstellingen, organiseert zijn beroepsuitoefening op zodanige wijze en voorziet zich zodanig van materieel, dat een en ander leidt of redelijkerwijze moet leiden tot verantwoorde zorg.

Met name de formulering in de Kwaliteitswet laat zien dat goede of verantwoorde zorg niet alleen is gericht op het individu, maar ook een algemeen belang in zich draagt: de zorg dient doelmatig te zijn.

Verder kan worden verwezen naar de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst die spreekt van 'goed hulpverlenerschap' (art. 7:453 BW).

Art 7:453 BW

De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard.

Het beginsel 'goede zorg' heeft daarnaast in de zorgethiek de laatste jaren aan gezag gewonnen, als reactie en in aanvulling op de 'zelfbeschikkingsdoctrine'.⁴¹ In deze opvatting prevaleert in principe het zelfbeschikkingsrecht, maar indien iemand wilsonbekwaam is dient de zorg zich te richten op het zoveel mogelijk versterken van de autonomie/zelfbeschikking van de patiënt. Dat betekent dat het erom gaat mensen te ondersteunen bij het maken van keuzes waar ze zich mee kunnen identificeren en die in hun leven betekenisvol zijn.⁴² Binnen deze context dienen interventies te worden gedaan in het belang van de patiënt om de autonomie zoveel mogelijk te versterken, in plaats van deze te bedreigen.⁴³ Dat kan in de eerste plaats gebeuren door de patiënt te begeleiden of te coachen. Daarnaast kan het echter ook betekenen dat ingrijpen tegen de wil van de patiënt, of zonder dat deze zich heeft kunnen uitspreken, geboden is.⁴⁴ Ook kan wanneer eerder ingegrepen wordt erger dwang worden voorkomen, of de autonomie van een patiënt op langere termijn juist worden bevorderd.⁴⁵

Uit het voorgaande blijkt dat goede zorg niet alleen het (medisch-)technisch juist handelen betreft. In navolging van Tronto geeft Verkerk aan dat goede zorg een grondig doordachte kennis van de situatie en van alle relevante omstandigheden, behoeftes en vaardigheden met betrekking tot de patiënt, impliceert. Daarmee laat het beginsel van goede zorg zich bijna kwalificeren als een zorgvuldigheidsbeginsel: teneinde een goede zorgbeslissing te nemen dienen alle relevante aspecten in acht te worden genomen. In vergelijking tot beginselen als bestwil of bescherming, is een poging gedaan om datgene

⁴¹ Verkerk, M., 1999, Widdershoven, G.A.M. en R.L.P. Berghmans, 2000, Widdershoven, G.A.M., R.L.P. Berghmans en S. Welie, 2003, Burg, W., van der, 1996.

⁴² Widdershoven, G.A.M., R.L.P. Berghmans en S. Welie, 2003.

⁴³ Verkerk, M., 1999.

⁴⁴ Widdershoven, G.A.M., R.L.P. Berghmans en S. Welie, 2003.

⁴⁵ Verkerk, M., 1999, p. 362.

wat in het belang is van de patiënt minder paternalistisch en op een meer objectieve wijze te construeren. In de afweging speelt ook zelfbeschikking een belangrijke rol, zij het op een andere wijze dan door Leenen werd voorgesteld.⁴⁶ Zo pleiten Widdershoven en Berghmans in aansluiting op vijf benaderingen van autonomie die zij aan de hand van literatuur beschrijven voor het hanteren van een model van de arts-patiëntrelatie waarin weliswaar de patiënt centraal blijft staan, maar waarin meer ruimte is voor inbreng van de hulpverlener. Aldus hoeft een onmiddellijke wilsuiving van een *wilsonbekwame* patiënt niet als onomstotelijk gegeven te worden beschouwd en kan bijvoorbeeld door interpretatie of 'empowerment'⁴⁷ gezocht worden naar de beste oplossing. Widdershoven en Berghmans stellen dat deze benadering nieuwe perspectieven kan bieden in de geestelijke gezondheidszorg waarin autonomie alleen gerespecteerd lijkt te kunnen worden ten koste van verwaarlozing en isolement. Mits die beste oplossing op objectieve wijze kan worden geconstrueerd, biedt de benadering van Widdershoven en Berghmans perspectieven. Van belang is in ieder geval dat alle relevante aspecten gewogen dienen te worden.

Samenvattend kan worden gesteld dat het juridische beginsel van goede zorg zich op twee niveaus richt: een maatschappelijk en een individueel niveau. In beide gevallen bestaat het uit vier componenten: kwaliteit, doelmatigheid, toegankelijkheid en bescherming. Ethici die het beginsel als aanvulling op het zelfbeschikkingsrecht gebruiken, richten zich daarbij vooral op kwaliteit, hetgeen dan zorgvuldigheid impliceert. Tevens worden voorbeelden aangedragen op welke wijze invulling gegeven zou kunnen worden aan die zorgvuldigheid.

Dat in het bepalen en nastreven van goede zorg zorgvuldigheid betrokken kan worden is een zinvolle aanvulling op de omschrijving van het beginsel. Van belang is dat in een overweging van wat goede en verantwoorde zorg in een concreet geval inhoudt, alle belangen in ogenschouw genomen worden en dat zorgbeslissingen objectiveerbaar zijn. Een zorgverlener moet optreden volgens de inzichten van de (medische) wetenschap en als een redelijk bekwaam hulpverlener handelen in gelijke omstandigheden met middelen die in redelijke verhouding staan tot het concrete zorgdoel. Er moet dus gehandeld worden volgens de professionele standaard.⁴⁸ Dit brengt met zich mee dat zorgverleners verantwoording af moeten kunnen leggen van zorgbeslissingen die zij nemen. Ook het maken van een afweging tussen zelfbeschikking enerzijds en bescherming anderzijds dient objectief te kunnen worden beargumenteerd.

4.6 Operationalisering in wetgeving

4.6.1 Inleiding

In de vorige paragrafen is behandeld dat beginselen in onze samenleving onze hoogste waarden vertegenwoordigen die tezamen de menswaardigheid gestalte geven. Daarmee geven zij een normatief kader voor ons rechtstelsel. In sommige situaties kunnen mensen rechten echter niet ten volle benutten. Rechten van mensen worden beperkt vanwege rechten van anderen of vanwege het algemeen belang. In de tweede plaats kunnen mensen intrinsiek beperkt zijn in de uitoefening van hun rechten: door een handicap, door hun ontwikkeling of door een aandoening.

⁴⁶ Widdershoven, G.A.M. en R.L.P. Berghmans, 2000.

⁴⁷ Zie Widdershoven, G.A.M. en R.L.P. Berghmans, 2000, p. 52-53.

⁴⁸ Leenen, H.J.J. en J.K.M. Gevers, 2002, p. 41-42.

Ook voor een psychogeriatrische patiënt geldt dat deze gaandeweg door zijn aandoening geheel of gedeeltelijk niet meer in staat is zelfstandig gebruik te maken van fundamentele rechten als zelfbeschikking of vrijheid. Kenmerk van een aandoening als dementie is bovendien dat het gaat om een neerwaarts proces: de geestelijke en lichamelijke toestand van de patiënt verslechtert naarmate de ziekte vordert. Er treedt dan afhankelijkheid op, omdat anderen gaan bepalen wat voor de betreffende persoon een menswaardig bestaan is en welke zorg daarvoor is vereist. De samenleving dient daarop in te spelen door zoveel mogelijk bescherming te bieden. Hierin zijn twee componenten besloten. Enerzijds moeten psychogeriatrische patiënten worden ondersteund in de uitoefening van hun rechten, voor zover deze daar niet zelfstandig meer voor op kunnen komen, maar wel in staat zijn om die rechten nog uit te oefenen. In de tweede plaats moet de samenleving regels stellen, dus rechtsbescherming bieden, zodat psychogeriatrische patiënten een menswaardige behandeling blijven ontvangen wanneer zij ook niet meer in staat zijn om hun rechten uit te oefenen. Die behandeling moet er op haar beurt toe bijdragen dat psychogeriatrische patiënten een menswaardig bestaan kunnen blijven leiden.

Rechtsbescherming impliceert in dit verband:

1. Het beschrijven en verduidelijken van rechten van psychogeriatrische patiënten.
2. Het aangeven onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden een inbreuk mag of bijvoorbeeld in het kader van goede zorg zelfs moet worden gemaakt.
3. Situaties waarin een inbreuk op iemands rechten wordt gemaakt moeten zichtbaar zijn en bovendien moet er sprake zijn van enige vorm van toezicht.
4. Er behoort een mogelijkheid zijn om het recht te handhaven op het moment dat rechten ten onrechte geschonden zijn. Dit betekent dat er niet alleen een handavingsprocedure moet zijn, maar ook dat er sancties zijn voor diegenen die in strijd met het recht handelen.

Het feit dat psychogeriatrische patiënten op zeker moment niet of nauwelijks meer in staat zijn om te ageren indien een inbreuk wordt gemaakt op hun rechten, stelt extra eisen aan de transparantie van het handelen van zorgverleners en de effectiviteit van de handavingsprocedure.

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de vraag hoe inhoudelijke en procedurele uitgangspunten in wetgeving nader gestalte zouden moeten krijgen. Meer specifiek betreft dit de vraag aan welke kwaliteitseisen wetgeving zou moeten voldoen. Aan deze paragraaf ligt literatuur over kwaliteit van regelgeving ten grondslag. Daarnaast is gebruik gemaakt van de 'Aanwijzingen voor de regelgeving'. Deze aanwijzingen zijn bij wijze van ministeriële regelgeving vastgesteld in 1992 en sedertdien verschillende keren aangepast.⁴⁹ De regeling kan volgens de minister van Justitie worden beschouwd als een belangrijk gereedschap voor wetgevingsjuristen en anderen die met de voorbereiding van wetgeving te maken krijgen. Opgenomen zijn technische voorschriften voor vormgeving en inrichting van regelingen, maar ook bepalingen over de juridische en beleidsmatige keuzes die voor het opstellen van een regeling gemaakt moeten worden.⁵⁰ De literatuurstudie laat zien dat ten aanzien van kwaliteitseisen verschillende indelingen gemaakt kunnen worden. In deze paragraaf heb ik voor de volgende indeling gekozen. Allereerst ga ik in op de noodzaak voor regelgeving. Vervolgens komen effectivi-

⁴⁹ Regeling van de minister-president van 18 november, nr. 92M008 337, houdende vaststelling van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Stcrt, 230), 1992.

⁵⁰ Aanwijzingen voor de regelgeving, 1998, p. 7.

teit, consistentie en doelmatigheid aan de orde. De besproken kwaliteitscriteria worden schematisch weergegeven in Tabel 2-1 op p. 86.

4.6.2 Noodzaak

In de huidige opvattingen over wetgeving dient een wettelijke regeling te worden ontworpen als daartoe een noodzaak is vastgesteld (zie Aanwijzing 6). Uit aanwijzingen 7 en 8 en de toelichting daarop komt naar voren dat overheidsmaatregelen pas aan de orde zijn als het zelfregulerend vermogen van de maatschappij tekortschiet.⁵¹ Het ontwerpen en vaststellen van een wettelijke regeling, is pas aan de orde als andere, minder ingrijpende oplossingen niet functioneren (subsidiariteitsis). In feite kan wetgeving dus worden gezien als ultimum remedium.

Zelfregulering wordt beschouwd als een minder verstrekkend alternatief voor wetgeving. Een voordeel van zelfregulering is dat de inspraak vanuit het veld groot is. Vanwege die grote mate van inspraak is de nalevingsbereidheid in het algemeen ook groot.⁵² Bovendien is het als instrument veel flexibeler.⁵³ Door deze eigenschappen brengt zelfregulering bovendien met zich mee dat de belasting voor wetgever, bestuur en wellicht ook rechter in het algemeen minder is.⁵⁴

Toch zijn er in vergelijking tot wetgeving ook nadelen aan zelfregulering verbonden. Regels zijn in het algemeen minder kenbaar en duidelijk voor betrokkenen. Er is vaak minder controle en de handhaving van de regels is ook moeilijker.⁵⁵ Een belangenorganisatie kan bijvoorbeeld alleen leden binden. Niet-leden zijn dan niet gebonden aan de door de belangenorganisatie geïntroduceerde regelingen.

Een ander alternatief voor wetgeving is de rechtspraak. Een uitspraak van een rechter kan in tegenstelling tot wetgeving veel meer worden toegespitst op het individuele geval. Ook heeft een rechter in een voorgelegd geval de gelegenheid om het recht aan te passen aan gewijzigde maatschappelijke inzichten. Hondius⁵⁶ noemt als nadeel van jurisprudentie dat deze in het algemeen minder gemakkelijk toegankelijk is. Op juridische leken maakt een uitspraak van een rechter soms minder indruk. Bovendien zijn er in veel gevallen te weinig uitspraken om de praktijk houvast te bieden.

Volgens Frissen leidt een voorkeur voor maatschappelijke processen boven wetgeving ertoe dat wetgeving alleen een formulering dient te bevatten van de algemene rechtsnormen die in specifieke terreinen van regulering in het geding zijn. Wetgeving wordt dan beperkt tot procedurele normering: vastgelegd wordt aan welke criteria processen van zelfregulering moeten voldoen, zonder tegelijk de uitkomsten te determineren.⁵⁷ Eijlander brengt daar tegenin dat een beperking tot procedurele normering in de wetgeving op problemen kan stuiten, op grond van de juridische eisen die aan het wetgevingsbeleid moeten worden gesteld in een democratische en sociale rechtsstaat. Grondwettelijke en ook internationaal-rechtelijke regels geven dikwijls de opdracht aan de wetgever in formele zin om zelf de regels vast te stellen. In die gevallen is zelfregulering niet mogelijk.⁵⁸ Een voorbeeld van zo'n grondwettelijke opdracht is art. 15 GW waarin

⁵¹ Nota zicht op wetgeving, Vergaderjaar 1990/1991.

⁵² Polak, J.M., 1986.

⁵³ Vroon, B., de, 1989.

⁵⁴ Eijlander, P., 1990.

⁵⁵ Eijlander, P., 1990.

⁵⁶ Hondius, E.H., 1998.

⁵⁷ Frissen, P.H.A., 1990.

⁵⁸ Eijlander, P., 1990.

een verbod is vastgelegd om een persoon zijn vrijheid te ontnemen zonder dat dit bij of krachtens de wet bepaald is. Art. 2 van het Vierde Protocol bij het Evrm vereist bij toepassing van vrijheidsbeperking ter bescherming van de gezondheid eveneens een wettelijke grondslag.

Wetgeving is volgens Eijlander in ieder geval geïndiceerd op gebieden waar publieke verantwoordelijkheden, taken en belangen in het geding zijn. Dat is ook het geval als het gaat om grondrechtelijke normen. Overigens stelt hij dat een combinatie met zelfregulering in dergelijke gevallen mogelijk is.

De noodzaak voor wetgeving kan worden vastgesteld aan de hand van onderzoek. Het zorgvuldigheidsbeginsel vraagt van de overheid in dit verband een nauwgezette verzameling van alle relevante feiten en omstandigheden en vergt bovendien een zorgvuldige afweging van alle belangen. Aldus kan een goede analyse worden gemaakt van het op te lossen probleem.⁵⁹

Als de noodzaak van wetgeving is vastgesteld is voorts van belang dat wetgeving ook proportioneel is: zij moet niet verder gaan dan strikt noodzakelijk. Dit komt onder meer tot uitdrukking in aanwijzing 7 onder d. In deze bepaling wordt aangegeven dat indien overheidsinterventie noodzakelijk is, behoort te worden onderzocht of de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt door aanpassing of beter gebruik van bestaande instrumenten. Ook vermeldt de bepaling, welke andere mogelijkheden bestaan om de gekozen doelstellingen te bereiken, indien aanpassing of beter gebruik niet mogelijk blijkt.⁶⁰

Bovenstaande laat zien dat wetgeving een ultimum remedium is. Jurisprudentie en zelfregulering gelden dikwijls als zinvolle alternatieven voor wetgeving. Tot regelgeving mag alleen worden overgegaan als er een noodzaak aanwezig is. Daarvan is in ieder geval sprake, indien er fundamentele beginselen of grondrechten in het geding zijn, of wanneer verdragen of de grondwet daartoe uitdrukkelijk een opdracht geven. De noodzaak dient te worden vastgesteld aan de hand van een zorgvuldige afweging van alle belangen. Verder gelden bij de overweging of wetgeving noodzakelijk is de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit.

4.6.3 Effectiviteit

Nadat de noodzaak voor regelgeving is vastgesteld kan worden gekeken naar een aantal inhoudelijke en procedurele kwaliteitseisen. De eerste kwaliteitseis die aan wetgeving kan worden gesteld is dat een wet doeltreffend is: zij moet zo zijn ingericht dat de met de wet beoogde doelen ook daadwerkelijk worden bereikt. Hiertoe moet aan zes voorwaarden zijn voldaan.

Duidelijke doelstelling

De doelstellingen van een wet moeten vooraf duidelijk worden geëxpliciteerd, zodat deze kenbaar zijn voor de uitvoerders, handhavers en anderen die met de betreffende wettelijke regeling te maken krijgen.

⁵⁹ Kreveld, J.H., van, 1990.

⁶⁰ Ook aan aanwijzing 12 'een regeling wordt op zodanige wijze ingericht dat zij zo weinig mogelijk conflicten oproept', en aanwijzingen 13 en 14, over een zo beperkt mogelijke lastendruk, ligt de proportionaliteitseis ten grondslag. Zie Aanwijzingen voor de regelgeving, 1998.

Hoofdstuk 4

Aanvaardbaarheid

Wil een wet enig effect sorteren, dan is het noodzakelijk dat de doelstellingen worden onderschreven door degenen die de regeling moeten uitvoeren en handhaven.⁶¹ Voor de effectiviteit van een wet is het niet vereist dat degenen op wie de wet betrekking heeft, de justitiabelen, de doelstelling van de wet onderschrijven. Desondanks draagt dit wel bij aan het vergroten van de effectiviteit en is het in een democratische rechtsstaat ook zeer wenselijk dat zij instemmen met de doelstellingen van een wettelijke regeling.

Volgens Hoogerwerf is het niet alleen van belang dat de doelstellingen van beleid worden onderschreven, maar ook de waarden en normen die aan het beleid ten grondslag liggen. Hij noemt dit de politieke aanvaardbaarheid. Het onderzoeken van de aanvaardbaarheid van beleid of wetgeving kan volgens hem gebeuren aan de hand van het toetsen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het vrijheids- en het gelijkheidsbeginsel.⁶²

Hoewel toetsing aan doelstellingen en aan achterliggende waarden en normen samen kunnen vallen, hoeft dit niet altijd het geval te zijn. Zo kan worden ingestemd met de doelstellingen van een wet, terwijl men niet achter de uitgangspunten van deze wet staat. Ook kan men de achterliggende waarden en normen aanvaardbaar achten, terwijl dit niet of niet volledig geldt voor de doelstellingen van de wet. Hieruit volgt dat hoewel de aanvaardbaarheid grotendeels samenvalt met de effectiviteit van een wet, dit niet per se het geval hoeft te zijn.

Toepasbaarheid

Naast het formuleren van een duidelijke doelstelling is een derde voorwaarde voor effectiviteit dat de wettelijke regeling toepasbaar is. Daartoe moet een wet helder in elkaar zitten en begrijpelijk zijn.⁶³ Gevers spreekt in dit verband van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.⁶⁴ Ook in de aanwijzingen voor de regelgeving wordt aangegeven dat een regeling duidelijk en eenvoudig dient te zijn en een bestendig karakter moet hebben (Aanwijzing 10).

Toepasbaarheid stelt op verschillende vlakken eisen aan een wettelijke regeling. Op het meest basale niveau vereist dit tekstuele duidelijkheid. Gebezigde begrippen moeten worden gedefinieerd, vooral als de door de wetgever gebruikte interpretatie van het begrip afwijkt van hetgeen gangbaar is in het normale taalgebruik, dan wel als het de introductie van een nieuw begrip betreft. Verder is het van belang dat de gebruikte terminologie ook consequent wordt gebruikt.⁶⁵

Een tweede niveau dat met betrekking tot toepasbaarheid van wetgeving kan worden onderscheiden is de helderheid en de overzichtelijkheid van de structuur. Het betreft hier een vereiste dat door Van Wijmen⁶⁶ en Gevers⁶⁷ interne consistentie wordt genoemd. Dit wordt behandeld in de volgende subparagraaf.

Tot slot impliceert toepasbaarheid dat de reikwijdte van een wettelijke regeling voldoende helder is afgebakend⁶⁸ en dat de normstelling van de wet eenvoudig blijft. Onnodige detaillering creëert onduidelijkheid.⁶⁹

⁶¹ Winter, H.B., 1996, p. 53.

⁶² Hoogerwerf, A., 1993, p. 79-80.

⁶³ Krevelde, J.H., van, 1990.

⁶⁴ Consistentie van wetgeving inzake de individuele hulpverleningsrelatie, 1998.

⁶⁵ Vlies, I.C., van der, 1987.

⁶⁶ Wijmen, F.C.B., van, 1998.

⁶⁷ Consistentie van wetgeving inzake de individuele hulpverleningsrelatie, 1998.

⁶⁸ Wijmen, F.C.B., van, 1998.

Uitvoerbaarheid

Een vierde voorwaarde voor effectiviteit van wetgeving is de uitvoerbaarheid. Een wet kan nog zo helder zijn vastgelegd, als zij niet adequaat geïmplementeerd wordt zal zij weinig doeltreffend zijn.⁷⁰ Een goede implementatie van een wet wordt bevorderd doordat degenen die de wet moeten uitvoeren goed worden geïnformeerd. Daarnaast is het van belang dat er voldoende capaciteit is. Er moeten genoeg mensen beschikbaar zijn die de wet kunnen uitvoeren. Bovendien dient personeel goed opgeleid te zijn, zodat zij ook in staat zijn de wet uit te voeren. Tot slot dienen hun voldoende middelen ter beschikking te staan.⁷¹

Flexibiliteit

Naast heldere doelstellingen, aanvaardbaarheid, toepasbaarheid en uitvoerbaarheid brengt effectiviteit met zich mee dat een regel zoveel mogelijk flexibiliteit bij de uitvoering biedt.⁷² Kreveld geeft drie mogelijkheden waardoor flexibiliteit kan worden bewerkstelligd: door het snel wijzigen van regelgeving, door discretionaire bevoegdheden toe te kennen of door in de wet open normen te hanteren. Open normen, ook wel vage normen geheten, zijn termen in de wet die door de wetgever niet nader worden ingevuld, bijvoorbeeld 'redelijkheid', 'billijkheid', 'goed hulpverlenerschap' of 'verantwoordelijke zorg'. De nadere invulling ervan wordt aan het veld overgelaten en onvoorziene gevallen kunnen door de rechter worden opgelost. Aldus kan het ultimatum remedium-karakter van wetgeving tot uitdrukking worden gebracht. Een nadeel van het gebruik van open normen kan echter het verlies van rechtszekerheid zijn.⁷³

Dat ook de overheid naar flexibiliteit streeft blijkt uit aanwijzing 16⁷⁴: taken en bevoegdheden dienen op decentraal niveau worden gelegd, tenzij het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze door decentrale organen kan worden behartigd. Daarbij geldt dan echter wel weer dat duidelijkheid moet worden nagestreefd: de uitoefening van bestuursbevoegdheden moet zoveel mogelijk worden genormeerd. Met het oog hierop dienen discretionaire bevoegdheden en bevoegdheden met vage toepassingscriteria niet te worden toegekend, tenzij daarvoor goede gronden zijn (aanwijzing 17).

Uit bovenstaande wordt duidelijk dat er een spanningsveld bestaat tussen de toepasbaarheid en uitvoerbaarheid enerzijds en de flexibiliteit anderzijds. Als te veel open normen gebruikt worden, gaat dit ten koste van de duidelijkheid en toegankelijkheid. Bovendien leidt dit tot een toename in het gebruik van rechtsbeschermingsvoorzieningen, hetgeen lang niet altijd wenselijk is.⁷⁵ Ook de overheid lijkt te willen waken voor open normen, zo blijkt uit aanwijzingen 54 en 121.⁷⁶ Aan de andere kant bieden open

⁶⁹ Winter, H.B., 1996, p. 46-47.

⁷⁰ Winter, H.B., 1996, p. 48.

⁷¹ Vlies, I.C., van der, 1987.

⁷² Kreveld, J.H., van, 1990.

⁷³ Barendrecht, J.M., 1992, p. 6 en 66-68. Zie ook Houten, M.L.P., van, 1997, Kreveld, J.H., van, 1990.

⁷⁴ Aanwijzingen voor de regelgeving, 1998.

⁷⁵ Dijkstra, G.S.A., 1992, p. 237 De rechtsonzekerheid waartoe open normen kunnen leiden doet Barendrecht pleiten voor het gebruik van 'scherpe normen' (als tegenovergestelde van vage normen). De starheid van het recht die dan zou kunnen ontstaan kan volgens hem ondervangen worden door het beginsel van de gebondenheid van de rechter aan de wet los te laten. Zie Barendrecht, J.M., 1992, p. 271-275.

⁷⁶ Aanwijzingen voor de regelgeving, 1998.

normen, zoals gezegd, ruimte aan het veld voor zelfregulering en geven zij de rechter de mogelijkheid recht op maat te spreken. Een dichtgetimmerde regeling is weinig flexibel en zal bovendien sneller weerstand kunnen oproepen in de praktijk.⁷⁷ Loenen wijst op het gevaar dat verfijning van regelgeving door de toenemende complexiteit ervan zelfs contraproductief kan werken.⁷⁸

Bij het maken van een nieuwe regeling zal derhalve gestreefd moeten worden naar een optimum tussen toepasbaarheid, uitvoerbaarheid en flexibiliteit. Naar mijn oordeel zou een randvoorwaarde voor het gebruik van een open norm in ieder geval moeten zijn dat de regeling waar deze onderdeel van uitmaakt incentives bevat voor het laten ontstaan van richtlijnen in de praktijk.

Handhaafbaarheid

Tot slot speelt bij effectiviteit de eis dat een regeling handhaafbaar moet zijn een rol.⁷⁹ In de toelichting op aanwijzing 11 worden vier aspecten onderscheiden die bij de handhaafbaarheid van belang zijn:

- Een regel moet zo weinig mogelijk ruimte laten voor interpretatiegeschillen;
- Uitzonderingsbepalingen moeten tot een minimum worden beperkt;
- Regels moeten zo mogelijk zijn gericht op zichtbare, dan wel objectief constateerbare feiten;
- Regels moeten werkbaar zijn voor degenen tot wie de regels zijn gericht en voor de personen die met handhaving zijn belast.

Handhaving kan ruwweg langs drie methoden plaatsvinden: via het strafrecht, het civiel recht of het bestuursrecht. Soms is echter ook een andere manier mogelijk. Het tuchtrecht in de gezondheidszorg is hier een voorbeeld van, maar ook het klachtrecht dat in de Wet bopz is opgenomen om onterechte toepassing van dwangbehandeling tegen te gaan. In de toelichting bij de aanwijzingen wordt over het strafrecht opgemerkt dat deze handhavingmethode slechts wordt toegepast als overige methoden geen soelaas bieden. Verder kan ook een combinatie van handhavingsmethoden worden toegepast.

Ook voor degenen die de wet handhaven geldt dat zij in voldoende mate geïnformeerd moeten zijn, en dat de capaciteit zowel qua gekwalificeerd personeel als qua middelen op peil is. Handhavers zijn degenen die belast zijn met het toezicht op de naleving van normen en de opsporing van situaties waarin justitiabelen zich niet aan opgelegde regels gehouden hebben. In de zorg houdt vooral de Inspectie zich met deze taak bezig. Ook kunnen er onder worden verstaan degenen die zich uitspreken of normen geschonden zijn, bijvoorbeeld de rechter of een bopz-klachtencommissie.⁸⁰

4.6.3.1 Consistentie

De term consistentie in relatie tot wetgeving in de gezondheidszorg is een begrip dat in de jaren tachtig reeds de aandacht had.⁸¹ Het is echter Van Wijmen geweest die in 1997 de inconsistentie met betrekking tot wetgeving op het terrein van de gezondheidszorg opnieuw aan de orde stelde en in samenwerking met Dute het initiatief nam tot een symposium en een boek over consistentie van wetgeving in de gezondheidszorg.⁸²

⁷⁷ Polak, J.M., 1986.

⁷⁸ Loenen, T., 1996, p. 124-125.

⁷⁹ Aanwijzing 11, Aanwijzingen voor de regelgeving, 1998.

⁸⁰ Winter, H.B., 1996, p. 51.

⁸¹ Gevers, J.K.M. en T.P.J.C. Widdershoven, 1987, Roscam Abbing, H.D.C., 1984.

⁸² Wijmen, F.C.B., van, 1997, Dute, J.C.J. en F.C.B.v. Wijmen, 1998.

Volgens het Van Dale woordenboek is van consistentie sprake, als iets vrij is van innerlijke tegenspraak. In relatie tot wetgeving circuleren verschillende definities, die zich met name onderscheiden in de reikwijdte van het begrip. Gevers en Widdershoven spreken van consistentie als ten aanzien van een zelfde recht in uiteenlopende regelingen sprake is van gelijke of gelijkwaardige regels.⁸³ Volgens Van Wijmen is deze uitleg van het begrip echter te beperkt. Naar zijn idee gaat het bij consistentie niet alleen over gelijke formuleringen en eenheid van instrumentarium, maar ook om aspecten als de aanpak, de opbouw, en de structuur van wettelijke regelingen. Daarbij onderscheidt hij interne en externe consistentie.⁸⁴

Van interne consistentie is volgens Van Wijmen sprake als de regeling in zichzelf, als eigenstandig regelsysteem deugdelijk en samenhangend is. Begrippen dienen daarbij eenduidig en consequent te worden gebruikt. De structuur van de regeling moet helder zijn en consequent doorgevoerd. Het handavingsinstrumentarium zit logisch en bruikbaar in elkaar.

Externe consistentie is dan de samenhang van het ene regelsysteem met andere regelingen. Daarbij kan dan een onderverdeling worden gemaakt in verticale consistentie, waarbij het gaat om de samenhang in de totaliteit van de regelgevingshiërarchie en horizontale consistentie, waarmee consistentie wordt bedoeld tussen regelingen op eenzelfde niveau, binnen een maatschappelijk domein of tussen domeinen onderling. Gevers komt tot een soortgelijke onderverdeling, maar maakt geen onderscheid tussen verticale en horizontale externe consistentie.⁸⁵

Als het gaat over verticale externe consistentie dient een wettelijke regeling in de eerste plaats in overeenstemming te zijn met hoger geschreven recht.⁸⁶ Hogere regels kunnen duidelijke instructies geven voor vorm en inhoud van een lagere regeling. Verdragen of richtlijnen van de Europese Unie bijvoorbeeld geven daartoe soms expliciet de opdracht. Zo is de Wet bescherming persoonsgegevens een duidelijke uitvloeisel van Europese regelgeving. Ook in de Grondwet, zoals in de artikelen 10, 11 en 15, worden expliciet competenties voor de wetgever aangegeven waarover wetten mogen of moeten worden ontworpen en wat grenzen zijn van die wetten.⁸⁷ Lagere regelingen die in strijd zijn met dergelijke voorschriften zijn evident niet consistent. Dikwijls ligt inconsistentie echter niet zo duidelijk en is nader onderzoek noodzakelijk.

Een tweede eis die in het kader van verticale externe consistentie aan wetgeving kan worden gesteld is dat deze in overeenstemming dient te zijn met hoger ongeschreven recht.⁸⁸ Het betreft hier de vraag naar rechtmatigheid van wetgeving, waarbij het niet alleen gaat om de rechtsbeginselen die in de vorige paragraaf aan de orde zijn gesteld, maar tevens om formele beginselen waaraan de wetgever zich moet houden bij het ontwerpen van een nieuwe wettelijke regeling.⁸⁹ Onder 4.6.4. wordt dit nader geduid.

⁸³ Gevers, J.K.M. en T.P.J.C. Widdershoven, 1987.

⁸⁴ Wijmen, F.C.B., van, 1998. Dute (1998) onderschrijft bovengenoemde dimensies van consistentie, waar hij wel aan toevoegt dat het begrip consistentie niet zodanig moet worden opgerekt dat alle kwaliteitseisen van wetgeving eronder gaan vallen. Consistentie dreigt dan een containerbegrip te worden, waarbij niet meer duidelijk is wat ermee bedoeld wordt.

⁸⁵ Consistentie van wetgeving inzake de individuele hulpverleningsrelatie, 1998.

⁸⁶ Male, R.M., van, 1990, Houten, M.L.P., van, 1997.

⁸⁷ Dekker-Van Bijsterveld, S., den, 1990.

⁸⁸ Male, R.M., van, 1990, Houten, M.L.P., van, 1997.

⁸⁹ Nota zicht op wetgeving, Vergaderjaar 1990/1991.

Ook de Hoge Raad heeft in het Harmonisatiewet-arrest erkend dat wetgeving moet voldoen aan ongeschreven rechtsbeginselen⁹⁰. In deze uitspraak betrof dit het rechtszekerheidsbeginsel.

Ingeval van horizontale externe consistentie dient er overeenstemming te zijn met andere wetten van een gelijk niveau. Het ligt daarbij voor de hand te kijken naar verschillende wettelijke regelingen binnen eenzelfde systeem, bijvoorbeeld de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo) binnen het kader van het Burgerlijk Wetboek. Een andere mogelijkheid is het verrichten van onderzoek naar verschillende wettelijke regelingen die hetzelfde onderwerp behandelen, bijvoorbeeld dwangbehandeling in de Wet bopz met de regeling in de Wgbo, of de vertegenwoordigingsregeling in dezelfde wetten met de Wet Mentorschap.

Ik kom tot een volgende definiëring voor dit onderzoek. Bij consistentie van een wettelijke regeling gaat het om het onderzoeken van een regeling op innerlijke tegenspraak (interne consistentie) of een systeem van regelingen op innerlijke tegenspraak (externe consistentie). Dit betekent dat discrepanties tussen beleid en wetgeving en praktijk en wetgeving hier niet als vragen naar consistentie van wetgeving worden beschouwd. Hiermee is overigens niet gezegd dat het daarmee niet om relevante vragen gaat. Voor zover deze vragen in dit onderzoek worden gesteld zullen zij steeds worden beantwoord bij de effectiviteit van wetgeving. Ook de vraag of een bepaalde wet noodzakelijk is, is geen overweging in de beoordeling of een bepaalde wettelijke regeling consistent is.⁹¹

Bij een onderzoek naar de consistentie van een wet gaat het dus om externe en interne vergelijkingen. Daarbij komt een interne vergelijking reeds aan de orde bij de vraag of een wet effectief is. Een onsamenhangend regelsysteem zal immers in de regel ook niet duidelijk zijn. Ook de andere elementen – deugdelijkheid, eenvoud, eenduidigheid, en een bruikbaar handhavingsinstrumentarium – keren bij de vraag naar de effectiviteit van een wet terug.

4.6.3.2 Doelmatigheid

De eis dat wettelijke regelingen doelmatig dienen te zijn, onder andere verwoord in aanwijzingen 13 en 14, brengt met zich mee dat de door wetgeving veroorzaakte lasten zo beperkt mogelijk dienen te blijven.⁹² Dit betekent dat de overheidsuitgaven niet node-loos mogen groeien (aanwijzing 13), dat bedrijven, instellingen en individuele burgers niet onnodig in hun activiteiten mogen worden belemmerd en niet zonder geldige grond op kosten mogen worden gejaagd. In het verlengde daarvan geldt het evenredigheidsbeginsel, hetgeen inhoudt dat de opgelegde lasten en verplichtingen in de wet in redelijke verhouding tot het daarmee beoogde doel dienen te staan.⁹³ Frissen wijst erop dat wanneer niet aan het evenredigheidsbeginsel wordt voldaan, doordat teveel lasten en verplichtingen worden opgelegd, dit twee tegenstrijdige effecten kan hebben. Ener-

⁹⁰ Een rechterlijk toetsingsrecht aan fundamentele rechtsbeginselen werd in het Harmonisatiewet-arrest overigens uitdrukkelijk uitgesloten, omdat de rechter dan te zeer op de stoel van de wetgever zou komen te zitten. Om dezelfde reden is ook toetsing aan de grondwet niet mogelijk (art. 120 GW). Zie Harmonisatiewet-arrest, 14-4-'89, NJ 207, 1989.

⁹¹ Hondius, E.H., 1998, Wijmen, F.C.B., van, 1998.

⁹² Aanwijzingen voor de regelgeving, 1998.

⁹³ aanwijzing 15, Aanwijzingen voor de regelgeving, 1998. Zie ook Wijk, H.D., van, W. Kojnenbelt en R.M. Male, van, 2002.

zijds kan dit leiden tot een gebrekkige acceptatie van de betreffende regeling, anderzijds ontstaat aldus een ongelooft in de effectiviteit ervan.⁹⁴

4.6.4 Overige kwaliteitseisen wetgeving

Naast de hierboven beschreven eisen aan goede regelgeving dient wetgeving ook in overeenstemming te zijn met eisen die uit het ongeschreven recht voortvloeien, te weten rechtsbeginselen.⁹⁵ Onderscheiden kan worden in rechtsbeginselen van meer formele aard en beginselen met een meer materieel karakter. Konijnenbelt en Van Male maken een driedeling in beginselen, te weten beginselen met betrekking tot het proces van voorbereiding en besluitvorming, beginselen met betrekking tot de motivering en in-richting van het besluit en beginselen met betrekking tot de inhoud van het besluit.⁹⁶ Over het motiveringsbeginsel kan worden opgemerkt dat iedere wettelijke regeling dient te zijn voorzien van een deugdelijke motivering. Een kwalitatief goede, kenbare motivering die slechts voor een uitleg vatbaar is, kan mede inzicht geven in het antwoord op de vraag of de regelgever het geldende recht in acht heeft genomen en voorkomt dat de rechter in voorkomende gevallen op de stoel van de wetgever gaat zitten door de kennelijke strekking van een wet vast te stellen.⁹⁷ Een motivering is kenbaar door deze op een duidelijke plaats weer te geven. In het Nederlandse systeem is dat in de memorie van toelichting. Een kwalitatief goede motivering geeft inzicht in het onderzoek dat ter voorbereiding van de regeling verricht is, en in de overwegingen die naar aanleiding van dat onderzoek zijn gemaakt. Voorbeelden van relevante overwegingen zijn de keuze voor een wettelijke regeling, voor de vorm van de wettelijke regeling en voor de verdere inhoud.⁹⁸

4.7 Conclusie

In dit hoofdstuk werd het theoretisch kader beschreven dat als uitgangspunt dient voor het toetsen van de regelgeving die inzake toepassing van vrijheidsbeperkingen relevant is. Allereerst werd daarbij stilgestaan bij de inhoudelijke uitgangspunten die bij toepassing van vrijheidsbeperkingen een rol spelen: de beginselen.

Van grote invloed op de wetgeving met betrekking tot patiëntenrechten is het zelfbeschikkingsrecht geweest. In een tijd waarin nog nauwelijks sprake was van patiëntenrechten, zeker niet in de psychiatrie, werd dit beginsel sterk naar voren gedragen. Discussies over beginselen hebben de neiging te worden gereduceerd tot het verdedigen van een enkel uitgangspunt, waarmee men al het bestaande beoogt te verklaren. Dikwijls is dit het gevolg van het tijdsbeeld waarin de discussie plaatsvindt. Ook bij zelfbeschikking, waarin autonomie van de patiënt voorop staat, lijkt dit enigszins het geval te zijn geweest. De zelfbeschikkingstheorie richt zich vooral op degenen die zelfbeschikking kunnen uitoefenen. Niet ingegaan wordt op het feit dat een grens van zelfbeschikking is gelegen in de mate waarin mensen tot zelfbeschikking in staat zijn. De theorie biedt wel handreikingen hoe met zelfbeschikking om te gaan als mensen wilsonbekwaam zijn. Geen oplossing wordt echter geboden voor de wijze waarop het moment waarop een inbreuk geoorloofd is bepaald moet worden. Ook wordt geen rekening gehouden met andere belangen van de persoon in kwestie die in geding kunnen zijn.

⁹⁴ Waaldijk, C. en R.A.P. Tielman, 1984.

⁹⁵ Kreveld, J.H., van, 1990.

⁹⁶ Wijk, H.D., van, W. Konijnenbelt en R.M. Male, van, 2002.

⁹⁷ Male, R.M., van, 1990.

⁹⁸ Wijk, H.D., van, W. Konijnenbelt en R.M. Male, van, 2002, Kreveld, J.H., van, 1990.

Hoofdstuk 4

Thans lijken auteurs, zonder afbreuk te willen doen aan het belang van zelfbeschikking, dan ook de werking van dit beginsel toch wat te willen nuanceren. Belangrijk daarbij is dat gerealiseerd wordt dat beginselen uitdrukkingen van menswaardigheid zijn en dat een menselijk bestaan eigenlijk niet terug te voeren is op een of twee beginselen. In de gezondheidszorg is dit niet anders.

In dit hoofdstuk is ingegaan op het feit dat toepassing van de zelfbeschikkingstheorie in het bijzonder niet mogelijk is bij psychogeriatrische patiënten die niet in staat zijn om hun wil kenbaar te maken. In de visie van Leenen vallen zelfbeschikking en vrijheid in betekenis samen, waarbij zelfbeschikking de actieve kant benadrukt (zelf kiezen) en vrijheid de passieve kant (nalaten door anderen). Indien mensen zich niet kunnen uiten valt de betekenis van beide begrippen echter niet zonder meer samen. Er kan dan een inbreuk worden gemaakt op vrijheid zonder dat dit in conflict komt met zelfbeschikking, bijvoorbeeld als iemand in een rolstoel met tafelblad ervoor wordt geplaatst zonder dat hij zich daartegen verzet.

In het nastreven van menswaardigheid in de zorg voor psychogeriatrische patiënten zou het daarom wellicht beter zijn om niet uitsluitend zelfbeschikking, maar ook vrijheid als onderdeel van die menswaardigheid te beschouwen. Anderzijds is het van belang dat patiënten zonedig tegen zichzelf of tegen anderen beschermd worden. Vrijheid en autonomie blijven echter belangrijke waarden waarvoor zeer goede, objectieveerbare, argumenten moeten bestaan om daar een inbreuk op te maken. Die argumenten kunnen per patiëntengroep en per individu verschillen. Waar bijvoorbeeld bij verstandelijk gehandicapten ingegrepen wordt teneinde zelfontplooiing na te streven, kan bij een psychogeriatrische patiënt het voorkomen van een snelle achteruitgang een legitieme reden zijn om in te grijpen. Hoe de afweging tussen bescherming enerzijds en zelfbeschikking en vrijheid anderzijds moet worden gemaakt blijft echter ingewikkeld.

Het beginsel van goede zorg biedt voor zorgverleners enigszins houvast in het vinden van een balans van alle betrokken belangen. Vragen als wanneer en op welke manier moet worden ingegrepen, kunnen daarbij aan de orde komen. Goede zorg impliceert vooral zorgvuldigheid in het handelen. Zorgverleners wordt daarmee geenszins een vrijbrief gegeven: zij dienen verantwoording af te kunnen leggen voor datgene wat er beslist wordt. Goede zorg is bovendien geen doel op zichzelf, het is net als andere beginselen een uitdrukking of een onderdeel van het nastreven van menswaardigheid.

Wat in een concrete situatie goede zorg is, is afhankelijk van omstandigheden. Wetgeving zou daarom niet zozeer moeten vastleggen wat goede zorg is – in de huidige wetgeving gebeurt dit overigens ook niet – maar wel grenzen dienen aan te geven, incentives in te bouwen om richtlijnen voor goede zorg in de praktijk te laten ontstaan en procedurele waarborgen te bieden. Of de Wet bopz en de Wgbo daar bij toepassingen van vrijheidsbeperking aan voldoen is een vraag die in dit boek aan de orde komt. Teneinde daar in het slothoofdstuk van dit proefschrift een oordeel over te kunnen vellen werden criteria voor goede regelgeving beschreven. Eén daarvan is de aanvaardbaarheid van een wet, waarbij de wet onder meer getoetst kan worden aan de eraan ten grondslag liggende beginselen. Bij de vraag naar aanvaardbaarheid van de regelingen, zal dus aan de orde komen in hoeverre het wettelijk kader de ruimte biedt voor een goede en verantwoorde zorg teneinde menswaardigheid voor psychogeriatrische patiënten te bereiken. Bij de beantwoording van die vraag zal worden onderzocht in hoeverre de wetgeving aanzet tot enerzijds het stimuleren van zelfbeschikking van patiënten en het waarborgen van vrijheid, maar anderzijds het bieden van bescherming wanneer dit noodzakelijk is. In dit proefschrift gaat het over toepassing van vrijheidsbeperkingen, vandaar dat het accent uitgaat naar uitgangspunten die daarbij het eerst in het oog springen. Dat neemt echter niet weg dat in zorgbeslissingen andere beginselen zonedig

neemt echter niet weg dat in zorgbeslissingen andere beginselen zonodig eveneens betrokken zouden moeten worden, zoals gelijkheid, vertrouwen, rechtvaardigheid en billijkheid.

Naast de aanvaardbaarheid van wetgeving zijn ook andere criteria voor goede regelgeving in kaart gebracht, zoals de noodzaak, de toepasbaarheid, de uitvoerbaarheid de flexibiliteit en handhaafbaarheid van wetgeving. Deze criteria zijn mede bepalend voor de effectiviteit van een wettelijke regeling. Verder kan getoetst worden op doelmatigheid, consistentie en formele rechtsbeginselen. In Tabel 4-1 op p. 86 zijn de criteria die in dit hoofdstuk werden besproken door mij verkort weergegeven. Benadrukt moet worden dat de criteria op meerdere manieren kunnen worden ingedeeld mogelijk zijn, waarvan deze tabel er slechts één weergeeft. Uit de literatuurstudie blijkt dat auteurs criteria hanteren die elkaar deels overlappen. Bovendien komt naar voren dat het beoordelen van wetgeving niet slechts het nalopen van deze criteria is. Het creëren van goede regelgeving is veeleer te beschouwen als een cyclisch proces waarin het optimaliseren van het ene criterium soms betekent dat er concessies moeten worden gedaan op andere terreinen. Dit werd vooral geïllustreerd in de relatie van flexibiliteit met uitvoerbaarheid en toepasbaarheid.

Dit proefschrift heeft de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperkingen tot onderwerp. Uit bovenstaande volgt dat wetgeving die dit onderwerp direct of indirect behandelt consistent moet zijn met datgene wat de samenleving verstaat onder een menswaardig bestaan en de beginselen die hieruit voortvloeien. Het beginsel van goede zorg geeft weer dat zowel in wetgeving als in zorgrelaties, naast andere beginselen en belangen die spelen, een zorgvuldige afweging moet worden gemaakt tussen vrijheid en zelfbeschikking enerzijds en bescherming anderzijds. In aansluiting op het hiervoor besprokene ten aanzien van criteria voor goede regelgeving dient te worden bedacht dat het feit dat psychogeriatrische patiënten zelf veelal niet meer in staat zijn om hun eigen belangen te behartigen. Zij zijn daardoor vrijwel altijd van anderen afhankelijk. Dit brengt met zich mee dat wettelijke regelingen daarom minder flexibel zouden behoren te zijn. Naarmate een wettelijke regeling flexibeler is, dat wil zeggen er wordt meer gebruik gemaakt van open normen, vrije bevoegdheden en eenvoudig te veranderen regelgeving, gaat dit immers ten koste van de rechtszekerheid. Bij het gebruik van open normen wordt er impliciet van uitgegaan dat er een corrigerende werking of een nadere invulling kan uitgaan door uitspraken van rechters of door andere mechanismen. Als de gang naar de rechter echter van anderen dan de justitiabelen moet komen is de kans niet denkbeeldig dat die corrigerende werking niet functioneert.⁹⁹ In dat geval mag worden verwacht dat een regeling meer zekerheid biedt ten koste van een deel van de flexibiliteit. Ook dan dient de wetgever echter te zoeken naar een optimum. Dat wil zeggen dat binnen het kader waarin meer aandacht wordt geschonken aan rechtszekerheid nog steeds de – bijvoorbeeld administratieve – lasten voor betrokkenen hanteerbaar moeten blijven.

Uit het voorgaande volgt dat criteria voor goede regelgeving dus niet alleen niet eenduidig, maar ook niet hard zijn. Desondanks biedt het raamwerk dat in Tabel 4-1 is weergegeven aanknopingspunten om de wetgeving met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperkende maatregelen bij psychogeriatrische patiënten op de vijf in hoofd-

⁹⁹ Bij belangenbehartiging door derden kunnen andere (derden)belangen een rol spelen, angstgevoelens meespelen of de potentiële belangenbehartigers van 'misstanden' niet op de hoogte zijn. Zie hierover meer hoofdstukken 5 en 9.

Hoofdstuk 4

stuk 9 geformuleerde thema's, te weten vertegenwoordiging, opneming in zorginstellingen, toepassing van vrijheidsbeperking, toezicht en klachtrecht te onderzoeken.

Tabel 4-1 Kwaliteitscriteria wetgeving

Eis	Nudere eis	Hoe?	Aanwijzingen regelgeving
Kwaliteit	Noodzaak	Proportionaliteit Subsidiariteit	Zorgvuldigheid Onderzoek 6, 7, 8, 12, 14
	Effectiviteit	Expliciete doelstelling	Duidelijke tekst 7, 9
		Aanvaardbaarheid	Aanvaardbaarheid beginselen, waarden en normen die aan wet ten grondslag liggen Onderschrijving doelstelling door uitvoerders en handhavers 9,18
		Toepasbaarheid	Duidelijke tekst Duidelijke structuur Eenvoudige normstelling Interne consistentie 10, 12, 52-72a, 94-104, 185
		Uitvoerbaarheid	Kennis uitvoerders door duidelijke informatie en duidelijke instructies Capaciteit uitvoerders optimaal, door goede opleiding, voldoende bezetting, voldoende middelen en voldoende geld. 9
		Flexibiliteit	Optimum tussen duidelijkheid en flexibiliteit. Open normen en discretionaire bevoegdheden alleen als daarvoor goede gronden zijn 11a, 16, 17, 25-34, 54, 121
		Handhaafbaarheid	Gebruik van civiel recht, bestuursrecht, strafrecht, of eventueel tucht- of klachtrecht Duidelijke regels Regels gericht op objectief constateerbare feiten Kennis handhavers door duidelijke informatie en duidelijke instructies Capaciteit handhavers optimaal, door goede opleiding, voldoende bezetting, voldoende middelen en voldoende geld. 11
	Externe consistentie	Overeenstemming met rechtsbeginselen, en met verdragen, grondwet en andere hogere geschreven regelingen Horizontale externe consistentie	Gedegen onderzoek vooraf Nieuwe wetgeving indien nodig zoveel mogelijk inbouwen in een systeem Eenduidig gebruik van termen en instrumenten van handhaving en toezicht 9,18, 47-51; 52-
	Doelmatigheid	Evenredigheidsbeginsel	Beperkte lasten voor: - Burgers - Bedrijven - Instellingen - Overheid 9, 13, 14, 15, 17
	o.a. Zorgvuldigheid Evenredigheid Rechtszekerheid Motivering		23, 24, 25-34

5. VERTEGENWOORDIGING

Mevrouw Bardie Meijers lijdt aan een dementieel syndroom. Ondanks haar aandoening is zij meestal goed geluimd. Bij vlagen herkent ze haar familieleden nog. Mw. Bardie Meijers heeft een echtgenoot en twee volwassen kinderen, een dochter en een zoon.

De laatste tijd is zij niet altijd meer even vast ter been. Twee keer is ze reeds gevallen. Beide malen liep het goed af. Behalve kneuzingen aan haar heup heeft mw. Bardie Meijers aan de valpartijen niets overgehouden. In overleg met de familie krijgt ze een plank onder haar stoel. Mw. Bardie Meijers kan daardoor niet meer zelfstandig uit haar stoel komen, zodat valpartijen kunnen worden voorkomen.

Vrijwel onmiddellijk na het introduceren van de plank onder de stoel krijgt mw. Bardie Meijers geregeld woedeaanvallen. Daarop wordt besloten om haar sederende medicatie te geven, zodat zij geen aanvallen van onrust meer krijgt. Het valt meneer Bardie Meijers en zijn kinderen op dat hun familielid suffig en lusteloos is, sinds het verstrekken van de medicatie. Hoewel de toestand van mw. Bardie Meijers hun niet bevalt, durven ze niets te ondernemen. De zorg zal wel weten wat er nodig is. Na drie maanden blijkt de tafelsteun niet meer nodig; mw. Bardie Meijers is nog maar weinig energiek. Enige maanden later doet zich een nieuw probleem voor. Mw. Bardie Meijers glijdt steeds uit haar stoel. Ook nu acht men gevaar voor vallen aanwezig. Als oplossing wordt gekozen voor Zweedse banden, die wegglijden voorkomen. Dhr. Bardie Meijers gaat met pijn in het hart akkoord met de voorgestelde maatregelen.¹

5.1 Inleiding

Een wezenlijk kenmerk van het menszijn is de mogelijkheid om zelf keuzes te maken. In het recht wordt dit aspect zoveel mogelijk gewaarborgd. Zo verklaart art. 3:32 van het Burgerlijk Wetboek dat iedere natuurlijke persoon bekwaam is om rechtshandelingen te verrichten, voor zover de wet niet anders bepaalt. De Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst verplicht de hulpverlener zijn verplichtingen na te komen jegens de patiënt, zelfs als deze de overeenkomst niet zelf gesloten heeft. Dat betekent onder meer dat hij hem toestemming moet vragen voor verrichtingen ter uitvoering van de behandelingsovereenkomst (art. 7:450 BW).

De ervaring van veel zorgverleners is dat psychogeriatrische patiënten bij het maken van zorgafspraken niet in staat zijn om ter zake een redelijke belangenafweging te maken. Verschillende wettelijke regelingen treffen voorzieningen voor deze feitelijke onbekwaamheid. Zij zorgen ervoor dat een vertegenwoordiger in die situatie vervangend kan optreden. Met betrekking tot vrijheidsbeperking zijn in dit verband drie wetten relevant, te weten de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo), de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet bopz) en de Wet mentorschap. In dit hoofdstuk zal worden betoogd dat deze wetten te weinig waarborgen bieden voor een goede vertegenwoordiging.

Deze stelling werk ik als volgt uit. In paragraaf 5.2 wordt de inhoud van de wetten besproken, alsmede hetgeen men er volgens de totstandkomingsgeschiedenis mee heeft

¹ Dit is een fictieve casus.

trachten te bereiken. Paragraaf 5.3 behandelt de wijze waarop de wettelijke bepalingen in de praktijk worden uitgevoerd. De manier waarop dit gebeurt kan inzicht geven in de vraag of de doelstellingen die met wetten zijn beoogd worden bereikt en of deze naar behoren functioneren. Om op deze vragen een antwoord te kunnen geven volgt in paragraaf 5.4 een toetsing van de wetgeving en de uitvoering daarvan in de praktijk aan de criteria die in hoofdstuk 4 (zie Tabel 4-1, p. 86) werden geformuleerd. Een dergelijke evaluatieparagraaf zal bij ieder volgend themahoofdstuk, dat wil zeggen hoofdstukken 6 tot en met 9 aan de orde komen. Daarin worden niet alle criteria steeds behandeld, maar slechts die criteria die relevant zijn om te bespreken. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

5.2 Wettelijke kaders

5.2.1 Wilsonbekwaamheid

Alvorens in te gaan op de vertegenwoordigingsregelingen is het van belang om het begrip wilsbekwaamheid nader toe te lichten. De term bestaat niet als zodanig in de wet, maar wordt in de literatuur gebruikt om de situatie aan te duiden waarin iemand niet in staat is om een redelijke belangenafweging te maken inzake zijn geneeskundige behandeling.² Dit gegeven wordt juridisch relevant geacht en heeft tot gevolg dat iemand onbevoegd wordt om een beslissing te nemen. Die bevoegdheid wordt dan in het algemeen overgenomen door een vertegenwoordiger. Dit verstrekkende gevolg behoeft een wettelijke basis. Die is onder andere te vinden in de Wgbo (art. 7:450 en 465 BW), de Wet bopz (art. 38 lid 2) en de Wet mentorschap (art. 1:454 BW).

In de literatuur wordt wel onderscheiden in:

1. Tijdelijk gedeeltelijke onbekwaamheid;
2. Tijdelijke volledige onbekwaamheid;
3. Permanente gedeeltelijke onbekwaamheid; en
4. Permanent volledige onbekwaamheid.³

In de wetgeving is er echter voor gekozen om de bekwaamheid per behandelingsbeslissing opnieuw te bekijken.

Wilsonbekwaamheid wordt in beginsel door de hulpverlener vastgesteld. Het is echter niet louter de hulpverlener die oordeelt: hij zal zich met de vertegenwoordiger verstaan en zonodig de deskundige mening van een vakgenoot inwinnen.⁴

Geen van de wettelijke regelingen bevat nadere criteria om wilsonbekwaamheid vast te stellen.⁵ In de memorie van antwoord bij het voorstel Wgbo wordt globaal aangegeven waar bij de vaststelling ervan op gelet dient te worden. De wilsonbekwaamheid zal in de eerste plaats kunnen worden bepaald door waarneming van de totale geestelijke toestand van de patiënt. Daarnaast is de aard van de verrichting van belang, in samenhang met de geestelijke toestand van de patiënt. Zo kan bij niet-ingrijpende verrichtingen – de memorie van antwoord noemt hier het voorbeeld van het vullen van een kies – de wilsonbekwaamheid niet spoedig afwezig worden geacht. Dit kan wel als de patiënt op

² Onder andere Veen, E.B., van, 1998, p. 43.

³ Klippe, C.J., van de en J. Legemaate, 1990.

⁴ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 6, Vergaderjaar 1990-1991, p. 52-53.

⁵ Dit niet tot onverdeelde vreugde van zorgverleners. Zie Kortmann, F.A.M., 1993 die ageert tegen het feit dat de onduidelijkheid van onder meer het begrip wilsonbekwaamheid leidt tot subjectieve interpretaties en onnodige procedures voor de rechter. Zie ook de reactie van Klippe, C.J., van de, 1993.

oneigenlijke argumenten, bijvoorbeeld door onredelijke angst, niet instemt met de behandeling.⁶

In de nadere memorie van antwoord wordt aangegeven dat onomstreden criteria voor de vaststelling van wilsonbekwaamheid niet te geven zijn. Onder verwijzing naar Legemaate⁷ wordt gesteld dat steeds zal moeten worden beoordeeld in welke mate deze patiënt, gelet op de toestand waarin hij verkeert, onbekwaam is om ten aanzien van de aan de orde zijnde specifieke aangelegenheid een beslissing te nemen. Ook stelt men dat het wetsvoorstel uitgaat van bekwaamheid, totdat het tegendeel komt vast te staan.

Tot slot wordt verwezen naar de zes benaderingswijzen van de bepaling van wilsonbekwaamheid die Van de Klippe geeft:

1. Geeft de patiënt er blijk van in een bepaalde kwestie een keuze te hebben gemaakt?
2. Is de keuze redelijk, juist of verantwoord? In deze optiek is de weigering van een behandeling die weinig risico's met zich meebrengt al snel een indicatie voor onbekwaamheid.
3. Is de keuze rationeel? Indien een besluit verband houdt met de geestesstoornis verband houdt moet de patiënt wilsonbekwaam worden verklaard.
4. Heeft de patiënt voldoende begripsvermogen om de verstrekte informatie te begrijpen?
5. Geeft de patiënt er blijk van de verstrekte informatie te hebben begrepen?
6. Een patiënt is bekwaam indien hij naast een feitelijk begrip en een rationeel gemotiveerde keuze inzicht heeft in de aard van de situatie waarin van hem een beslissing wordt gevraagd.⁸

Volgens Van de Klippe biedt geen van de zes genoemde benaderingswijzen op zichzelf een oplossing. In de benadering die zij uiteindelijk kiest, combineert zij het eerste en het vierde criterium. Het voordeel van deze benadering, die in de nadere memorie van antwoord wordt aangehaald, is volgens Van de Klippe dat beide criteria concrete gedragingen betreffen aan de hand waarvan het onvermogen tot wilsbepaling in een concrete situatie aantoonbaar is.⁹

Legemaate stelt dat bij het beoordelen van wilsonbekwaamheid rekening gehouden moet worden met proportionaliteit: er dient een redelijke verhouding te bestaan tussen de aard van de beperking en het door de beperking te beschermen belang. Ook moet de eis van subsidiariteit bij de beoordeling betrokken worden. Dit houdt in dat het belang niet op een minder ingrijpende wijze kan worden beschermd.¹⁰ Ook brengt dit volgens Legemaate met zich mee dat bij onbekwaamheid niet voor onevenredig ingrijpende juridische oplossingen wordt gekozen, bijvoorbeeld voor het initiëren van procedure voor de instelling van een curatele of mentorschap.

Het kabinet geeft tijdens de behandeling van de Wet mentorschap meermalen aan geen voorstander te zijn van het vastleggen van criteria voor wilsonbekwaamheid in de wet. Opgemerkt wordt:

'Wij menen nog steeds dat een mentor zeer wel in staat zal zijn om ook zonder de bewuste handleiding uit te maken of de betrokkene in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. Dit geldt temeer nu dit dagelijkse praktijk is. Een ieder, ook leken dus, wordt immers reeds thans op grond van artikel 34 van Boek 3 BW geacht te kunnen beoordelen of degene met wie men handelt tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat is. Ook

⁶ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 6, Vergaderjaar 1990-1991, p. 52.

⁷ Legemaate, J., 1992.

⁸ Klippe, C.J., van de, 1990.

⁹ Klippe, C.J., van de, 1990, Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 11, Vergaderjaar 1991-1992, p. 39.

¹⁰ Legemaate, J., De rechtspositie van wilsonbekwame patiënten: stand van zaken, 1994.

de curator en de bewindvoerder moeten deze beoordelingen voortdurend maken in het kader van de uitoefening van hun taak. De veronderstelling van deze leden [van D66 – LA] dat “de (nota bene) hulpverlener” deze beoordeling niet eens kan maken, delen wij dus niet.”¹¹

Wel is in 1994 door een werkgroep van de Ministeries van VWS en Justitie een handreiking opgesteld die richtlijnen ten aanzien van de bepaling van wilsonbekwaamheid bevat.¹² In de opvattingen van de werkgroep dient bij de bekwaamheidsbepaling uitgangspunt te zijn de vraag of de patiënt de verstrekte informatie begrijpt. Vervolgens moet worden bekeken of de mate waarin de patiënt de verstrekte informatie heeft begrepen voldoende is voor de aard en reikwijdte van de beslissing die genomen moet worden.

Een andere relevante brochure is de nota die de Nederlandse Vereniging van Verpleeghuisartsen (NVVA) heeft uitgegeven. Hierin wordt uitgegaan van het principe van beschermde autonomie. De psychogeriatrische patiënt wordt zoveel mogelijk vrij gelaten in zijn gedraging, tenzij het een gedrag of besluit betreft met een ernstig gevolg. Uitgangspunten zijn:

1. Bij de beoordeling van wilsbekwaamheid wordt gelet op het besluitvormingsvermogen en niet op de uitkomst van de beslissing.
2. Wilsbekwaamheid is beslissingsafhankelijk: bij meer ingrijpende behandelingen worden hogere eisen gesteld aan het besluitvormingsvermogen dan bij niet ingrijpende behandelingen.
3. Bij twijfel prevaleert de uitvoering van de behandeling die levensreddend is. Zo dient wanneer iemand geen levensreddende behandeling wenst, in beginsel te worden uitgegaan van wilsonbekwaamheid. Wel wordt daarbij vooropgesteld dat de behandeling geen onevenredig grote belasting voor de patiënt betekent en dat de behandeling effectief is.¹³

Uit de vele publicaties die over wils(on)bekwaamheid verschenen zijn, blijkt dat het vaststellen van wilsonbekwaamheid buitengewoon ingewikkeld is.¹⁴ De vaststelling op zichzelf is juridisch relevant, maar de wijze waarop die vaststelling plaats dient te vinden vereist een vaardigheid die buiten het competentiegebied van de jurist gerekend moet worden. Op deze plaats wordt daar om die reden dan ook niet verder op ingegaan.

¹¹ Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 9, Vergaderjaar 1991-1992, p. 9.

¹² Ministerie Volksgezondheid Welzijn en Sport en Ministerie Justitie, 1995.

¹³ Wedden, D.D.A., van der en Commissie besluitvorming bij dementerende patiënten, 1997, p. 16-19. Zie ook Flierman-de Groot, C.G.M., 1998. De auteur behandelt uitgebreid de toepassing van het begrip wilsonbekwaamheid in de verpleeghuiszorg. In dit verband merkt zij op dat de gelijkwaardigheid van hulpverlener en verpleeghuisbewoner – de gelijkwaardigheid tussen partijen is uitgangspunt in de Wgbo – een illusie is, onder meer vanwege het feit dat de wilsonbekwaamheid eenzijdig vast gesteld kan worden. Vermeldenswaard in dit verband is ook Boersma, F., C.M.P.M. Hertogh en M.G.M. Olde Rikkert, 1999. De richtlijn is weliswaar opgesteld voor medisch-wetenschappelijk onderzoek, maar bevat ook bruikbare elementen voor de bepaling van wilsonbekwaamheid daarbuiten.

¹⁴ Zie voor een overzicht onder meer Dillman, R. en J. Legemaate, 1992. Voor een overzicht vanuit medische en ethische hoek kan worden verwezen naar een themanummer van het Tijdschrift van geriatrie en gerontologie over wilsonbekwaamheid en wel nr. 5 uit 2002, jaargang 33.

5.2.2 Vertegenwoordiging

De centrale wettelijke regeling met betrekking tot vertegenwoordiging in de zorg is de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Andere wetten verwijzen bij vertegenwoordiging naar de Wgbo of bevatten een soortgelijke formulering als in deze wet gebruikt wordt, dan wel een nadere uitwerking daarvan. Uitgangspunt is dat de patiënt, mits ouder dan twaalf jaar, zelf in beginsel beslissingsbevoegd is. Wanneer de hulpverlener constateert dat de patiënt ter zake niet in staat is tot een redelijke belangenafweging dan zijn bij minderjarigen automatisch de ouders met ouderlijk gezag, of indien van toepassing de voogd beslissingsbevoegd. Is de patiënt echter meerderjarig en heeft hij een curator of een mentor dan moet de hulpverlener zijn verplichtingen jegens deze wettelijke vertegenwoordiger nakomen (art. 7:465 lid 2 BW).¹⁵

5.2.2.1 Wettelijke vertegenwoordigers

Mentorschap

De figuur van de mentor is in 1995 ingevoerd. Deze wettelijke voorziening is geïntroduceerd omdat de curatele, die een algehele handelingsonbekwaamheid bewerkstelligt voor het verrichten van rechtshandelingen, in veel gevallen te ver strekte.¹⁶ Hoewel meestal kan worden teruggevallen op familieleden om vervangend te beslissen, achtte men de introductie van de mogelijkheid om een mentorschap aan te vragen toch noodzakelijk voor de situatie dat naaste familieleden meningsverschillen krijgen over persoonlijke aangelegenheden als verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding. Ook kan het zijn dat familieleden niet vervangend willen of kunnen optreden.

Door het kabinet wordt op verschillende plaatsen tijdens de totstandkoming benadrukt dat het geen voorstander is van 'vertegenwoordigingsdwang', waarmee bedoeld wordt dat er geen verplichting dient te bestaan dat iemand in bepaalde situaties automatisch een mentor krijgt toegewezen. De instelling van het mentorschap moet dan ook gezien worden als een ultimum remedium, zoals overigens ook de curatele of het beschermingsbewind.¹⁷ De rechter dient daarom te toetsen of het mentorschap daadwerkelijk geïndiceerd is en of de bescherming van de rechten van de patiënt niet langs minder ingrijpende weg kan worden bereikt.¹⁸

¹⁵ Naast deze twee wettelijke vertegenwoordigingsregelingen kent de wet ook de bewindvoering. Indien iemand onder bewind wordt gesteld is hij onbevoegd te beslissen ten aanzien van vermogensrechtelijke zaken. Hoewel deze maatregel ten aanzien van psychogeriatrische patiënten regelmatig wordt toegepast, blijft deze hier verder buiten beschouwing, omdat de bewindvoerder geen zeggenschap heeft over zorginhoudelijke zaken.

¹⁶ Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 3, Vergaderjaar 1991-1992, p. 2.

¹⁷ Onder andere Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 6, Vergaderjaar 1991-1992, p. 17.

¹⁸ Uit de sporadische uitspraken die over dit onderwerp voorhanden zijn, blijkt dat dit door de rechter ook wordt gedaan. Zie Ktg. Emmen, 28-6-'95. NJ 658, 1995, HR, 8-11-'96, NJ 471, 1997. De laatste uitspraak heeft stof op doen waaien, vanwege het feit dat de aanstelling van een visor een voldoende alternatief werd geacht om de instelling van een mentorschap ten behoeve van een verstandelijk gehandicapte te verwerpen. Een visor is een medewerker die verstandelijk gehandicapten begeleidt. De uitspraak wordt controversieel gevonden, omdat de aanstelling van een hulpverlener als mentor bij wet uitgesloten wordt. Terecht wijst de Boer er in zijn noot bij het arrest op dat een visor geen vertegenwoordiger in de zin van de Wgbo kan zijn. Berendsen en Blankman (1997) stellen dat deze uitspraak van de Hoge Raad verwarring oproept.

Het mentorschap kan voor bepaalde of voor onbepaalde tijd worden ingesteld. Er is niet uitgegaan van een tijdelijk mentorschap, omdat de geestelijke of lichamelijke toestand van de grootste groep ten behoeve van wie een mentorschap ingevoerd kan worden (verwezen wordt in de memorie van toelichting naar demente bejaarden en verstandelijk gehandicapten) van dien aard is dat zij duurzaam niet meer tot een redelijke waarderding van hun belangen van niet-vermogensrechtelijke aard in staat zullen zijn. Een tijdelijk mentorschap zou dan een te grote belasting voor de kantonrechter, die de mentor aanwijst, met zich mee brengen.¹⁹

Een mentorschap kan worden verzocht door de betrokken persoon, zijn echtgenoot of (geregistreerde) partner, zijn bloedverwanten in de rechte lijn en de zijlijn tot en met de vierde graad, en door zijn voogd, curator of bewindvoerder. Ook kan het mentorschap worden verzocht door het openbaar ministerie of door degene die de instelling waar betrokkene duurzaam wordt verzorgd exploiteert, dan wel daar de leiding over heeft (art. 1:451 BW). Gekozen is om de instelling bevoegd te maken en niet de hulpverlener, omdat de instelling meer distantie heeft en aldus objectiever een afweging kan maken of de aanvraag voor een mentor noodzakelijk is. De hulpverlener heeft naar de mening van het kabinet wel een adviserende rol.²⁰

Opmerkelijk is dat er geen verplichting bestaat om bij het verzoek om instelling van het mentorschap een medisch of sociaal-psychiatrisch rapport op te maken.²¹

In beginsel kan iedereen tot mentor worden benoemd. Het dient echter wel een natuurlijke persoon te betreffen. Bovendien zijn de direct betrokken of behandelend hulpverleners uitgesloten, alsook personen behorende tot de leiding of tot het personeel van de instelling waar de betrokkene verblijft (art. 1:452 lid 6 BW).

De oorspronkelijke opzet van de Wet mentorschap vermeldde nog uitdrukkelijk dat iemand van de instelling bij wijze van ultimum remedium als mentor benoemd kon worden. In de literatuur werd echter opgemerkt dat vertegenwoordigers die werkzaam zijn in de instelling waar betrokkene zorg ontvangt, een loyaliteitsconflict kunnen krijgen tussen het belang van de vertegenwoordigde en dat van de instelling. Voor de directe hulpverlener geldt dit nog sterker.²² Daarom werd later bij wijze van amendement de mogelijkheid van de invulling van het mentorschap door iemand van de instelling uitdrukkelijk uitgesloten.

Verder geeft de wet een rangorde van degenen die in aanmerking komen om te worden benoemd tot mentor. Allereerst wordt de uitdrukkelijke voorkeur van de betrokkene gevolgd, tenzij gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten. Is geen uitdrukkelijke voorkeur aangegeven, of kan die niet gevolgd worden, dan wordt bij voorkeur de echtgenoot/partner/levensgezel tot mentor benoemd. Als deze ontbreekt of niet geschikt wordt bevonden, komt een van de ouders, kinderen, broers of zusters in aanmerking.

De hoofdregel voor het mentorschap is dat de onder mentorschap gestelde handelings-onbevoegd wordt. Voor zover hij echter in staat is tot een redelijke belangenafweging ter zake dient de mentor te bevorderen dat de betrokkene rechtshandelingen en andere

¹⁹ Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 3, Vergaderjaar 1991-1992, p. 20.

²⁰ Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 6, Vergaderjaar 1991-1992, p. 22.

²¹ Blankman, K., 1988.

²² Wijmen, F.C.B., van, Driehoeksverhoudingen, 1990, p. 43.

handelingen zelf verricht (art. 1:454 lid 1 BW).²³ Dezelfde bepaling vermeldt voorts dat de mentor de zorg van een goed mentor dient te betrachten. Volgens de memorie van toelichting betekent dit onder meer dat hij rekening moet houden met de aanwezige mogelijkheden tot zelfbeschikking van de betrokkene en dat hij diens restbekwaamheid moet honoreren. Het oordeel of de betrokkene tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat kan worden geacht is volgens de memorie van toelichting voorbehouden aan de mentor. Bij het nemen van een vervangende beslissing houdt hij verder rekening met alle belangen van de betrokkene. Overleg met de naaste omgeving kan daarbij noodzakelijk zijn. Ook moet hij rekening houden met de voorkeur van betrokkene in de wijze waarop hij zijn verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding wil krijgen.²⁴ De vertegenwoordiging door de mentor heeft tot gevolg dat de onder mentorschap gestelde gebonden is aan alle rechtshandelingen die namens hem zijn verricht en bovendien aansprakelijk is voor alle schulden die hieruit voortvloeien (zie ook art. 1:455 BW). Rechtshandelingen die door de onder mentorschap gestelde in strijd met art. 1:453 BW zijn verricht, zijn vernietigbaar.

Op verzoek van de kantonrechter moet de mentor van zijn werkzaamheden verslag uitbrengen aan de rechter. De rechter kan bijvoorbeeld om een verslag vragen als de mentor de betrokkene geen toestemming heeft willen geven om zelfstandig te handelen, terwijl deze wel tot een redelijke belangenafweging ter zake in staat was.²⁵ De kantonrechter zal daartoe moeten worden 'getipt', bijvoorbeeld door de hulpverlener of de instelling.²⁶ Er is geen periodieke verslagleggingsplicht (zie art. 1:459 BW), maar de rechter kan een periodieke plicht wel opleggen. In de praktijk blijkt dit echter nauwelijks voor te komen.²⁷

Uit de memorie van antwoord wordt duidelijk dat de verslagleggingsplicht mede gezien kan worden als een beroepsprocedure bij de rechter voor zowel degene die onder mentorschap gesteld is als voor de hulpverlener. Dit kan zich met name voordoen in de situatie waarin een conflict bestaat over de wijze waarop een vervangende beslissing genomen wordt.²⁸

Curatele

Wanneer een persoon onder curatele wordt geplaatst (artt. 1:378-391 BW), is hij handelingsbekwaam (art. 1:381 lid 2 BW). Rechtshandelingen ten behoeve van de onder curatele gestelde worden dan verricht door de curator. De bevoegdheden van de curator bij rechtshandelingen op het terrein van de verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding zijn met de inwerkingtreding van de Wet mentorschap gelijkgeschakeld met die van de mentor.²⁹ In tegenstelling tot bij het mentorschap kan de rechter de curator

²³ De mentor wordt hiertoe door het kabinet ook geschikt geacht. Opgemerkt wordt dat de rechter bij de bepaling van de geschiktheid van een tot mentor te benoemen persoon ook zal letten op de aanwezigheid van de vaardigheid om de wilsbekwaamheid van de onder mentorschap gestelde vast te stellen. Bovendien vindt men dat ook leken geacht worden te kunnen beoordelen of degene met wie men handelt tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat is, waarbij verwezen wordt naar art. 3:34 BW. Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 6, Vergaderjaar 1991-1992, p. 25.

²⁴ Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 3, Vergaderjaar 1991-1992, p. 12.

²⁵ Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 3, Vergaderjaar 1991-1992, p. 29.

²⁶ Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 3, Vergaderjaar 1991-1992, p. 13.

²⁷ Blankman, K. en Y.L.L. Zutphen, van, 1998, p. 340.

²⁸ Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 6, Vergaderjaar 1991-1992, p. 16.

²⁹ Zie art. 1:381 lid 4 BW waarin met name de artt. 1:453 en 454 BW van overeenkomstige toepassing worden verklaard.

niet verplichten om verslag uit te brengen van zijn werkzaamheden. De enige sanctie die derhalve kan worden opgelegd is ontslag van de curator wanneer hij niet goed functioneert (art. 1:385 lid 4 BW).

Kritiek op systeem wettelijke vertegenwoordiging

Hoewel de opdracht die de mentor of curator enerzijds en de hulpverlener anderzijds bij de vertegenwoordiging meekrijgen ertoe bijdraagt dat de vertegenwoordigde niet te zeer monddood wordt gemaakt,³⁰ blijft de benoeming van een wettelijke vertegenwoordiger enigszins een 'zwart-wit' karakter houden.³¹ In het verleden is bepleit om een meer uniforme regeling te maken voor benoemde vertegenwoordiging, waarin varianten worden opgenomen die afhankelijk zijn van de mate van onbekwaamheid.³² Een dergelijk 'traploos' vertegenwoordigingssysteem doet meer recht aan het bekwaamheidsbeginsel: de patiënt blijft optimaal bekwaam om rechtshandelingen te verrichten en wordt slechts vertegenwoordigd in die situaties waarin hij tot zelfstandig beslissen niet in staat is. Hiertegen is ingebracht dat er dan minder duidelijkheid omtrent het vertegenwoordigingsregime bestaat bij derden.³³ In Nederland heeft dit voorstel het dan ook niet gehaald.

5.2.2.2 Informele vertegenwoordigers

Met het begrip 'informele vertegenwoordigers' worden vertegenwoordigers aangeduid die niet door de rechter zijn benoemd. Hieronder vallen de persoonlijk gemachtigden en de onbenoemde vertegenwoordigers.

Persoonlijk gemachtigden

Wanneer een wilsonbekwame patiënt geen wettelijk vertegenwoordiger heeft, is de persoonlijk gemachtigde de eerst aangewezen persoon om iemand te vertegenwoordigen (art. 7:465 lid 3 BW). Dit is een persoon over wie de patiënt in de tijd dat hij wilsbekwaam was schriftelijk heeft vastgelegd, dat hij door hem vertegenwoordigd wil worden. Er gelden geen vormvereisten voor de schriftelijke machtiging, al is het aan te raden dat deze in het medisch dossier bij bijvoorbeeld de huisarts wordt opgenomen.

Onbenoemde vertegenwoordigers

Voor het geval ook de persoonlijk gemachtigde ontbreekt, kent de Wgbo een reeks van onbenoemde vertegenwoordigers. Deze kunnen in de volgorde die de wet aangeeft optreden. Eerst bevoegde is de echtgenoot of (geregistreerde) partner. Wanneer deze ontbreekt of niet als vertegenwoordiger wenst op te treden zijn de ouders, kinderen, broers of zusters bevoegd. Bij de laatste vier groepen geeft de wet geen rangorde aan. Dit betekent dat deze naast elkaar kunnen optreden als vertegenwoordiger van de patiënt. Volgens de nadere memorie van antwoord moet de hulpverlener echter wel een keuze maken, indien zich verschillende vertegenwoordigers van dezelfde rangorde zich bij hem aandienen. Bij zijn keuze moet hij primair letten op de relatie die er feitelijk met de patiënt is. Nakoming jegens één vertegenwoordiger behoeft overigens niet te betekenen dat de hulpverlener op wilsuitingen van andere familieleden geen acht meer zou mogen slaan.³⁴

³⁰ Jansen, I., 1994.

³¹ Blankman, K., 1995.

³² Wijmen, F.C.B., van, Driehoeksverhoudingen, 1990, Blankman, K., Curatele voor personen met een geestelijke stoornis en bescherming op maat, 1994.

³³ Jansen, I., 1995, p. 13.

³⁴ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 11, Vergaderjaar 1991-1992, p. 38.

Kritiek op informele vertegenwoordiging

Verschillende personen en instanties hebben zich in de jaren waarin de Wgbo en de Wet mentorschap tot stand kwamen uitgesproken tegen informele vertegenwoordiging zoals beschreven in de Wgbo en de Wet bopz.³⁵ Het voornaamste bezwaar is dat informele vertegenwoordigers niet benoemd zijn en derhalve ook niet ontslagen kunnen worden wanneer zij niet functioneren. Verder ligt de reikwijdte van hun beslissingsbevoegdheid niet vast. Daarnaast spelen bij partners en familieleden veelal ook eigen gevoelens en belangen mee bij de beslissing die genomen moet worden, waardoor de vertegenwoordiging bemoeilijkt wordt. Vooral Leenen wijst op de subjectiviteit van familieleden. Hij schrijft:

'Familieleden kunnen vaak niet objectief zijn door hun emotionele betrokkenheid, hun eigen leven wordt in vele gevallen door de ziekte van de patiënt beïnvloed en aan het einde van het leven kan op beslissingen van familieleden inwerken dat zij zich in een beginnend rouwproces al tijdens het leven van de patiënt van deze kunnen gaan losmaken. Dit nog afgezien van materiële of andere belangen die een rol kunnen spelen. In een aantal gevallen van ziekte kunnen familie of familieleden zelfs de oorzaak zijn van de crisis waarin de patiënt verkeert.'³⁶

Van Wijmen acht informele vertegenwoordiging weliswaar niet wenselijk, maar stelt dat het in alle gevallen aanwijzen van vertegenwoordigers langs een formele procedure, waarbij de vertegenwoordiger steeds zijn taak binnen een vastomlijnd kader vervult en ook gecontroleerd kan worden met als uiterste sanctie ontheffing van de vertegenwoordigerstaak, op onoverkomelijke praktische bezwaren zal stuiten.³⁷

5.2.2.3 Bevoegdheden vertegenwoordigers

Aard beslissing

De vertegenwoordigingsbevoegdheid betreft niet zozeer het aangaan van de overeenkomst: volgens de memorie van toelichting is eenieder bevoegd ten behoeve van een ander een behandelingsovereenkomst aan te gaan. Beslissingen over het uitvoeren van handelingen van geneeskundige aard zijn echter voorbehouden aan degenen die in art. 7:465 BW staan vermeld. De lichamelijke of geestelijke integriteit van een patiënt is hier immers het meeste in het geding.³⁸ Genoemd worden daarom die personen die de belangen van de patiënt het beste kunnen bewaken, omdat van hen mag worden aangenomen dat zij de patiënt het meest nastaan.

De bevoegdheid van informele vertegenwoordigers bestrijkt slechts het terrein van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Bevoegdheden met betrekking tot verzorging en begeleiding vallen er bijvoorbeeld niet onder, terwijl verpleging en behandeling er wel onder vallen.³⁹ De mentor en curator mogen daarentegen ten aanzien van de eerste twee zaken ook vertegenwoordigen.

In beginsel mag de vertegenwoordiger ten aanzien van alle beslissingen inzake de geneeskundige behandeling vervangend optreden. Slechts bij hoogst persoonlijke beslissingen kan niet vertegenwoordigd worden, zo wordt in de memorie van antwoord en

³⁵ O.a. NRV, 1987, Roscam Abbing, H.D.C., 1988, Roscam Abbing, H., 1988.

³⁶ Leenen, H.J.J., 1988, p. 227-228. Zie voor een geheel andere mening over deze materie Veen, E., van, 1993, met een reactie van Roscam Abbing, H.D.C., 1993.

³⁷ Wijmen, F.C.B., van, 1991, p. 310-311.

³⁸ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 3, Vergaderjaar 1989-1990, p. 21-22.

³⁹ Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 9, Vergaderjaar 1991-1992, p. 8.

de nadere memorie van antwoord vermeld. Daarbij wordt het voorbeeld van euthanasie gegeven. Overigens is het kabinet van mening dat de reikwijdte van de beslissingsbevoegdheid aan de jurisprudentie moet worden overgelaten.⁴⁰

Het feit dat duidelijke grenzen in de bevoegdheden van de vertegenwoordiger niet zijn vastgelegd, heeft in het verleden tot kritiek geleid, onder andere bij Roscam Abbing en Van Wijmen.⁴¹ Roscam Abbing wijst erop dat het ontbreken van grenzen vooral speelt op plaatsen waar beslissingen door anderen tot onomkeerbare situaties kunnen leiden of van invloed kunnen zijn op toekomstige mogelijkheden van functioneren van de patiënt. Van Wijmen stelt dat de plichten met name voor informele vertegenwoordigers niet strak genoeg omschreven zijn. Hij pleit eveneens voor het beperken van de bevoegdheden bij ingrijpende beslissingen, het protocolleren van vervangende beslissingen en om te voorzien in conflictregelingen, onder meer tussen arts en vertegenwoordiger. De kritiek heeft echter geen weerklank gevonden bij de wetgever.

Wijze van beslissen

Bij amendement is lid 5 toegevoegd aan art. 7:465 BW, dat inhoudt dat de personen ten aanzien van wie de hulpverlener krachtens het tweede of derde lid gehouden is de uit de Wgbo jegens de patiënt voortvloeiende verplichtingen na te komen, de zorg van een goed vertegenwoordiger betrachten. Bovendien moet de vertegenwoordiger de patiënt zoveel mogelijk bij de vervulling van zijn taak de betrekken. Volgens de toelichting wordt met het amendement beoogd aan te sluiten bij het wetsvoorstel mentorschap voor meerderjarigen, dat een soortgelijke bepaling bevat. Daarnaast wordt gesteld dat de formulering mogelijkheden biedt om een vertegenwoordiger aan te spreken die niet goed met zijn verantwoordelijkheden jegens de patiënt omgaat.⁴²

Behalve aan het goed vertegenwoordigerschap is de vertegenwoordiger gebonden aan de regels van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 BW).⁴³ Mede om deze redenen werd het door het kabinet niet nodig geacht om net als bij het mentorschap een mogelijkheid te creëren om het handelen van de informele vertegenwoordiger door de rechter te laten toetsen.⁴⁴

In zijn advies op het voorstel van de Wet mentorschap wijst de NRV erop dat noch in het wetsvoorstel, noch in de toelichting duidelijk aangegeven wordt op welke wijze een vervangende beslissing moet worden genomen. De Raad stelt in zijn kritiek, die zowel van toepassing is op mentorschap als voor andere vormen van vertegenwoordiging, dat met betrekking tot vertegenwoordiging verschillende standaards zijn ontwikkeld die tot verschillende uitkomsten kunnen leiden. Daarom is het van belang dat de wetgever hierin een keuze maakt.⁴⁵ De NRV doelt daarbij op twee concepten voor vervangend beslissen: het 'best interests'-model en het 'substituted judgement'-model. Daarnaast komen mengvormen voor.⁴⁶

⁴⁰ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 6, Vergaderjaar 1990-1991, p. 54 en Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 11, Vergaderjaar 1991-1992, p. 36.

⁴¹ Roscam Abbing, H.D.C., 1988, p. 912-913 en Wijmen, F.C.B., van, 1991, p. 314.

⁴² Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 23, Vergaderjaar 1991-1992 Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr.23/43, Vergaderjaar 1993-1994, p. 1.

⁴³ Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 6, Vergaderjaar 1991-1992, p. 13.

⁴⁴ Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 9, Vergaderjaar 1991-1992, p. 9.

⁴⁵ NRV, 1988, p. 17-18.

⁴⁶ Buchanan, A.E. en D.W. Brock, 1990. Zie over dit onderwerp ook: Veen, E., van, 1993 en Wijmen, F.C.B., van, Mentorschap, 1990.

Bij 'best interests' wordt een objectieve belangenafweging gemaakt voor de wilsonbekwame patiënt. Het gaat erom dat een beslissing genomen wordt, die een redelijke persoon onder dezelfde omstandigheden zou hebben gemaakt.⁴⁷ Kritiek op dit model is dat wordt uitgegaan van een zeker paternalisme: het gaat meer om wat de samenleving, familieleden of artsen zien als het belang van de patiënt, dan om het uitvoeren en bewaken van wensen van de patiënt zelf. Het gevaar bestaat daardoor dat vertegenwoordigers beslissingen nemen die gebaseerd zijn op eigen normen en waarden. Dit kan leiden tot andere uitkomsten dan wanneer de patiënt zelf zou hebben beslist.⁴⁸

In een 'substituted judgement'-model wordt een beslissing genomen in de 'geest' van de patiënt. Uitgegaan wordt van de normen en waarden die de patiënt had, voorafgaand aan zijn wilsonbekwaamheid.⁴⁹ Tegen deze manier van vervangend beslissen kan worden ingebracht dat normen en waarden niet altijd even goed bekend zijn. Weinigen leggen immers hun wensen vooraf vast in een schriftelijke wilsverklaring. Bovendien zijn normen en waarden aan verandering onderhevig, waardoor het lang niet altijd zeker of datgene wat is vastgelegd nog steeds een correcte weergave is van de actuele standpunten van de betrokkene.

Wanneer men uitsluitend op grond van objectieve maatstaven beslist wat er in een concreet geval met een patiënt moet gebeuren, zonder rekening te houden met diens waarden en normen, kan dit leiden tot onaanvaardbare uitkomsten. Hetzelfde kan echter worden ingebracht tegen het onverkort uitvoeren van een ooit geuite wens van een patiënt, bijvoorbeeld in de vorm van een schriftelijke wilsverklaring. Wilsverklaringen kunnen – onder meer door veranderde omstandigheden – zozeer indruisen tegen maatschappelijke normen en waarden dat het navolgen ervan onaanvaardbaar is. Beide modellen behoeven daarom nuanceren.

Legemaate stelt voor om bij het nemen van een behandelingsbeslissing allereerst na te gaan of de voorgenomen behandeling medisch zinvol of medisch zinloos is. Vervolgens dienen dan in de beslissing te betrokken te worden de bekende opvattingen van de patiënt, geuit toen deze nog wilsbekwaam was. Pas als geen enkele informatie bekend is over de opvattingen van de patiënt, rest een beoordeling op grond van diens belang. In dit verband vraagt Legemaate zich af of het belang van de patiënt dan automatisch samenvalt met medisch zinvol handelen, of dat situaties denkbaar zijn waarin medisch zinvol handelen tegen dat belang kan ingaan. Naar zijn idee impliceert dit een beoordeling van de proportionaliteit van het medisch handelen.⁵⁰

Een voorbeeld van een wilsverklaring waarbij het navolgen problematisch kan zijn, is een euthanasieverklaring ingeval van dementie. Als iemand heeft vastgelegd dat hij

⁴⁷ Dillman, R. en J. Legemaate, 1992: 839.

⁴⁸ McCubbin, M. en D.N. Weisstub, 1998: 6-8 beschrijven in hun artikel een mengvorm van het best interests- en het substituted judgement- model. Zij stellen voor om schriftelijke wilsverklaringen marginaal te toetsen aan objectief waarneembare criteria. In hun 'pure best interest model' is de schriftelijke wilsverklaring nog wel uitgangspunt, doch niet meer, zoals in het 'substituted judgement'-model, onaantastbaar: wilsverklaringen die bij een onverkorte uitvoering tot apert onaanvaardbare uitkomsten zouden leiden, worden 'uitgefilterd'. Tegelijkertijd gaat het model van McCubbin en Weisstub uit van objectieve maatstaven. Welke de criteria zijn waaraan een wilsverklaring getoetst zou moeten worden maakt het artikel echter niet duidelijk.

⁴⁹ Een dergelijke manier van beslissen is onder meer voorgesteld door de KNMG en Blankman. Zie Blankman, K., Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen, 1992, p. 448.

⁵⁰ Zie Legemaate, J., De rechtspositie van wilsonbekwame patiënten: stand van zaken, 1994, p. 337-338.

wenst dat wanneer hij dement geworden is euthanasie wordt toegepast, blijkt het voor zorgverleners en vertegenwoordigers lastig – zo niet onmogelijk – om het moment te bepalen wanneer dit moet gebeuren, zelfs indien dit laatste eveneens is omschreven. Zo'n verklaring dwingt betrokkenen veelal tot een oordeel over kwaliteit van leven en daarbij blijkt het buitengewoon moeilijk om de ernst van het lijden van een psychogeriatrische patiënt in te schatten. De meeste zorgverleners zijn daarom geen voorstander van actief levensbeëindigend handelen bij psychogeriatrische patiënten.⁵¹

Ook non-reanimatieverklaringen kunnen tot problemen leiden wanneer nauwkeurig is omschreven onder welke omstandigheden men niet meer geanimeerd wil worden, terwijl de medische ontwikkelingen zodanig verbeterd zijn dat de prognose van de gezondheidstoestand van de patiënt veel gunstiger is dan ten tijde van de opstelling van de verklaring.

In de memorie van antwoord bij het Wetsvoorstel mentorschap wordt het goed mentorschap nader geconcretiseerd, waarmee gereageerd wordt op soortgelijke kritiek vanuit de Kamer als door de NRV werd geuit.

'Een mentor zal, evenals de curator thans, eerst en vooral dienen te handelen overeenkomstig de veronderstelde wil van de betrokkene; eventueel gecorrigeerd door later ingetreden medische ontwikkelingen, die, indien aan de betrokkene bekend, deze naar alle waarschijnlijkheid tot een andere beslissing zouden hebben gebracht. Dat betekent evenzeer, dat de mentor in beginsel zal handelen overeenkomstig de schriftelijke wilsverklaring van de betrokkene, zo aanwezig. Het in de wet opnemen van standaards overeenkomstig welke een mentor dient te beslissen, miskent dat de formele wet tot zodanig afdalen in detail geen geschikt instrument is, en dat, waar meer algemene normen als 'als een goed ouder', 'als een goed voogd' en 'als een goed curator' tot dusverre zonder problemen konden worden toegepast, de wet zo geredigeerd kan blijven.'⁵²

Hoewel de opstellers van de wet nadrukkelijk aangeven niet vast te willen leggen welke standaard een mentor dient te hanteren, lijkt uit het citaat wel een voorkeur te spreken voor substituted judgement-elementen bij de invulling van goed mentorschap. Aangenomen mag worden dat dit ook opgaat voor het goed vertegenwoordigerschap.

Geldigheid beslissingen

De hulpverlener is slechts gebonden aan beslissingen van de vertegenwoordiger voor zover deze het belang van de patiënt dient, zo wordt in de memorie van toelichting bij het voorstel Wgbo vermeld. De nakoming door de hulpverlener moet dan ook verenigbaar zijn met de zorg van een goed hulpverlener.⁵³ Indien de hulpverlener van oordeel is dat de vertegenwoordiger niet handelt als goed vertegenwoordiger, kan hij diens mening derhalve naast zich neerleggen.

Beslissingen in het kader van de Wet bopz

De positie van vertegenwoordigers binnen het kader van de Wet bopz is vergelijkbaar met de context van de Wgbo. Dit betekent dat de behandelaar na de onvrijwillige opneming een handel- en/of zorgplan dient op te stellen in overleg met de psychogeriatrische patiënt. Is de behandelaar echter van mening dat de patiënt wilsonbekwaam is, dan dient hij in overleg te treden met diens vertegenwoordiger. Als eerste bevoegd is de wettelijke vertegenwoordiger. Ontbreekt deze dan is de persoon bevoegd die daartoe

⁵¹ Flierman-de Groot, C.G.M., 1998, p. 950-954.

⁵² Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 6, Vergaderjaar 1991-1992, p. 14.

⁵³ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 3, Vergaderjaar 1989-1990, p. 48.

door de patiënt schriftelijk is gemachtigd. Is niemand persoonlijk gemachtigd, of wil de gemachtigde niet optreden, dan is de echtgenoot bevoegd. Is die er ook niet of weigert deze als vertegenwoordiger te fungeren, dan is een ouder, kind, broer of zus van de patiënt gerechtigd om vervangend te beslissen. Het overleg vindt slechts plaats voor zover dit verenigbaar is met de zorg van een goed hulpverlener, vermeldt art. 38 lid 2 bopz. In het zorgplan kunnen afspraken worden gemaakt over toepassing van vrijheidsbeperkende maatregelen. Vervangende toestemming van een vertegenwoordiging geeft echter geen vrijbrief om dwangbehandeling toe te passen. Dit is uitsluitend toegestaan als de behandeling, ondanks verzet van de patiënt strikt noodzakelijk is om gevaar voor de patiënt te voorkomen (art. 38 lid 5 bopz). Door verschillende auteurs is gewezen op het gevaar dat behandelaars patiënten die een behandeling weigeren relatief snel als wilsonbekwaam zullen bestempelen, waarna vertegenwoordigers gemakkelijk akkoord zullen gaan met de behandeling.⁵⁴

Hoewel een vertegenwoordiger geen opneming in een psychiatrisch ziekenhuis kan bewerkstelligen,⁵⁵ kan een wettelijke vertegenwoordiger wel een voorlopige machtiging uitlokken wanneer deze niet instemt met de opneming van degene die onder zijn hoede is gesteld (art. 2 lid 3 sub b bopz). De mentor kan geen vervangende beslissing nemen ten aanzien van de opneming in een psychiatrisch ziekenhuis. In dat geval móet een voorlopige machtiging worden aangevraagd zelfs als de psychogeriatrische patiënt zich niet verzet tegen de opneming, of bovendien wilsbekwaam heeft ingestemd met de opneming. Strikt genomen zou eveneens een voorlopige machtiging moeten worden aangevraagd in de situatie dat een psychogeriatrische patiënt twee wettelijke vertegenwoordigers heeft die van mening verschillen over de opneming. Blankman heeft hier terecht op gewezen.⁵⁶ De wetgeving houdt geen rekening met de mogelijkheid dat er meer wettelijke vertegenwoordigers kunnen zijn, terwijl dit op grond van jurisprudentie inmiddels wel voorkomt.⁵⁷

5.2.2.4 Zaakwaarneming

Er is niet voor gekozen een expliciete oplossing in de wet vast te leggen voor de situatie dat geen vertegenwoordiger voorhanden is. Het kabinet stelt echter in de memorie van antwoord bij het voorstel Wgbo dat wanneer in het geheel geen van de in deze wet bevoegd verklaarde personen beschikbaar is als vertegenwoordiger, de belangen van de patiënt bij wijze van zaakwaarneming ook door een ander kunnen worden behartigd. De handelingen van de zaakwaarnemer moeten dan volgens het kabinet voldoen aan de

⁵⁴ Klippe, C.J., van de, 1986, Legemaate, J., 1989, Wijmen, F.C.B., van, Driehoeksverhoudingen, 1990.

⁵⁵ Zie hierover onder meer Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 3, Vergaderjaar 1991-1992, p. 33. Dit onderwerp komt uitgebreider aan de orde in hoofdstuk 6.

⁵⁶ Blankman, K., 2003, p. 63.

⁵⁷ HR, 1-12-'00, NJ 390, 2001, Ktg. Utrecht, 26-1-'00, NJ 373, 2000. De benoeming van meerdere wettelijke curatoren of mentoren tegelijk heeft totnogtoe uitsluitend plaatsgevonden bij verstandelijk gehandicapten en werd toegewezen vanwege het feit dat de wettelijke regel van benoeming van één persoon tot curator of mentor een inbreuk maakt op het gezinsleven van ouders en de verstandelijk gehandicapte. Dit is in strijd met art. 8 lid 2 Evrm. Zie over dit onderwerp Blankman, K., 2001. Hij wijst erop dat genoemde uitspraken nog vele vragen openlaten, bijvoorbeeld wie een beroep kunnen doen op dit gezinsleven, en dus gezamenlijk kunnen worden benoemd. Hij stelt dat het belangrijk is dat het samenlevingsverband of de (zorg)relatie tussen ouders en kind zodanig is dat het de bescherming verdient van art. 8 Evrm. Naar mijn idee geldt dit mutatis mutandis ook voor anderen dan verstandelijk gehandicapten.

bepalingen van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, maar ook aan die van de regeling van de zaakwaarneming.⁵⁸

Bij het onderhandelen met een zaakwaarnemer geldt het goed hulpverlenerschap als leidraad. Wanneer een hulpverlener zich niet met een zaakwaarnemer wenst in te laten of indien in het geheel geen vertegenwoordiger voorhanden is, dient hij eveneens volgens deze norm een afgewogen zorgbeslissing te nemen.

De kritiek die hiervoor in 5.2.2.3 werd beschreven met betrekking tot het ontbreken van grenzen aan bevoegdheden van de vertegenwoordiger, geldt nog sterker bij de zaakwaarneming. Verder is niet duidelijk wat de taak van de hulpverlener is. Het standpunt van het kabinet lijkt te zijn dat verplichtingen die de hulpverlener op grond van art. 7:465 BW aan de vertegenwoordiger móet nakomen, ingeval van zaakwaarneming aan de zaakwaarnemer kán nakomen. Als toets geldt het goed hulpverlenerschap, maar dit geeft nauwelijks richting aan wat er in concrete gevallen beslist moet worden. Kan een beslissing inzake toepassing van een vrijheidsbeperking bijvoorbeeld aan een zaakwaarnemer worden overgelaten? Mag een hulpverlener gebruik maken van een zaakwaarnemer of kan goed hulpverlenerschap tevens met zich meebrengen dat hij dit moet doen? En wat als de toepassing uiteindelijk leidt tot dwangbehandeling? Kan of moet zaakwaarneming evenzeer worden toegepast op de voet van de Wet bopz?

5.3 Praktijk

In drie praktijkonderzoeken waarbij de toepassing van vrijheidsbeperkingen op psychogeriatrische patiënten centraal stond, is tevens gekeken naar de rol van vertegenwoordigers bij de totstandkoming van het zorgplan en bij vrijheidsbeperkende maatregelen. In deze paragraaf volgen de belangrijkste resultaten van deze onderzoeken.⁵⁹

5.3.1 Verpleeghuizen

85,7% van de verpleeghuizen wijst standaard een vertegenwoordiger aan en maakt daarbij geen onderscheid tussen bewoners die vrijwillig of bewoners die onvrijwillig (dus via een RM, IBS of art. 60-procedure) opgenomen zijn. Slechts 2,9% voert geen speciaal beleid ten aanzien van vertegenwoordiging. 5,1 % stelt alleen een vertegenwoordiger aan bij bopz-bewoners en 8,3% doet het alleen bij wilsonbekwame bewoners.

De interviews laten zien dat instellingen in het algemeen geen systematisch onderzoek doen naar de wilsonbekwaamheid van psychogeriatrische bewoners. De meeste respondenten beschouwen bewoners soms wel nog in staat om te beslissen over primaire zorgtaken, zoals eten, drinken en wassen, maar vinden de bewoner overigens wilsonbekwaam. Men komt zelden mensen tegen die in staat zijn over het zorgplan nog zelfstandig beslissingen te nemen. Door de toenemende zorgzwaarte komt dit ook steeds minder vaak voor. Bijna 40% van de instellingen vraagt bij de totstandkoming van het zorgplan in het geheel geen toestemming meer aan de psychogeriatrische bewoner zelf. De meeste instellingen hebben echter geen protocollen ontwikkeld om de wilsonbekwaamheid vast te stellen. Respondenten stellen dat het vaststellen ervan meer een kwestie van gevoel is.

⁵⁸ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 6, Vergaderjaar 1990-1991, p. 71. De regeling van de zaakwaarneming is te vinden in afdeling 1, titel 4, boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (artt. 6:198-202).

⁵⁹ Arends, L.A.P., K. Blankman en B.J.M. Frederiks, 2002, Arends, L.A.P. en T. Stigter, 2003, Arends, L.A.P., Beperkt door zorg, 2004, Arends, L.A.P. en T. Stigter, 2003.

Instellingen noemen hun vertegenwoordiger doorgaans (eerste) contactpersoon. Dat suggereert dat het niet om echte vertegenwoordiging zou gaan, maar respondenten geven in interviews unaniem aan dat dit wel degelijk het geval is. Ook contactpersonen zelf voelen zich vertegenwoordiger van de bewoner voor wie ze verantwoordelijk zijn. Meestal is de vertegenwoordiger een naast familielid. Instellingen volgen hierbij niet de rangorde die in art. 7:465 BW of art. 38 bopz staat, maar laten het aan de familie zelf over wie vertegenwoordiger is. Als er geen naaste familie (meer) is, of wanneer daar geen contact mee is, kan ook iemand anders, bijvoorbeeld een goede vriend of kennis, of zelfs een buurvrouw met wie veel contact is, als contactpersoon/vertegenwoordiger optreden. Sommige instellingen leggen in dat geval wel meer terughoudendheid aan de dag bij het bespreken van het zorgplan. Ook inzage in het zorgplan en/of -dossier wordt dan niet altijd verleend.

Is helemaal niemand in de naaste omgeving beschikbaar als vertegenwoordiger, dan beslissen de zorgverleners in het algemeen zelf. Meestal gebeurt dit in gezamenlijk overleg tussen de verschillende disciplines.

Uit de interviews komt naar voren dat het contact tussen de verzorging en de vertegenwoordiger intensief is. Ook voor overleg met de arts is veel ruimte. Toch is het bij geen van de onderzochte instellingen regel dat de vertegenwoordiger (of de bewoner) aanwezig is bij de bespreking van het zorgplan. Verder wordt uit het onderzoek duidelijk dat vrijheidsbeperkingen dikwijls onderdeel vormen van het zorgplan. Daarvoor wordt dus toestemming gevraagd aan vertegenwoordigers. Bij het verkrijgen van die toestemming wordt soms druk uitgeoefend op de vertegenwoordiger. Dit gebeurt bijvoorbeeld door de vertegenwoordiger erop te wijzen dat een onveilige situatie ontstaat wanneer geen vrijheidsbeperking toegepast wordt, of door aan te geven dat de vertegenwoordiger dan zelf (een deel van) de zorg op zich zal moeten nemen. Vertegenwoordigers zijn met betrekking tot vrijheidsbeperkingen niet goed op de hoogte van de mogelijkheden of alternatieven en willen soms zelfs eerder dan zorgverleners ingrijpen om de veiligheid van hun familielid te waarborgen.

Bij de bepaling of sprake is van dwangbehandeling wordt met name gekeken naar de instemming van vertegenwoordigers. Verzet van familie ziet men als reden om een vrijheidsbeperkende toepassing te melden aan de inspectie. Verzet van bewoners wordt zelden als zodanig geïnterpreteerd, omdat men sommige weigeringen inherent aan het ziektebeeld vindt.⁶⁰

5.3.2 Verzorgingshuizen

De bopz-aangemerkte verzorgingshuizen die ten behoeve van de tweede bopz-evaluatie zijn onderzocht hebben in vergelijking tot de verpleeghuizen ongeveer even vaak een vaste procedure om een vertegenwoordiger aan te wijzen. Ook de onderzoeken die specifiek gericht zijn op verzorgingshuizen laten zien dat verzorgingshuizen meestal bij binnenkomst van een psychiatrische bewoner standaard een vertegenwoordiger aanwijzen die net als bij de verpleeghuizen met de term 'contactpersoon' wordt aangeduid.

Uit de onderzoeken blijkt voorts dat respondenten uit de verzorgingshuizen meestal goed op de hoogte zijn van wat onder wilsonbekwaamheid moet worden verstaan. De wilsbekwaamheid van een bewoner wordt bij de meeste instellingen van geval tot geval beoordeeld. Net als in verpleeghuizen gaat het bij dit oordeel dikwijls meer om een gevoel dan om een afgewogen beslissing. Er zijn geen protocollen of vaste procedures

⁶⁰ Zie hierover uitgebreider hoofdstuk 7.

ontwikkeld. Ook wordt in geen van de onderzochte verzorgingshuizen in het zorgdossier genoteerd of een bewoner wilsbekwaam of –onbekwaam is. Psychogeriatrische bewoners kunnen volgens respondenten op sommige terreinen veel langer wilsbekwaam zijn dan op andere gebieden. Bewoners kunnen bijvoorbeeld wel beslissen welke kleding zij die dag aantrekken, maar niet meer over medicatie of de verdere inhoud van het zorgplan.

Hoewel de contactpersoon in het algemeen de rol van vertegenwoordiger vervult zoals die in de Wgbo en de Wet bopz is aangegeven en de meeste medewerkers daar ook van doordrongen zijn, zijn de vertegenwoordigers zelf niet altijd op de hoogte van al hun bevoegdheden. Zo is de meesten niet bekend dat zij een inzagerecht hebben. Wanneer naar de feitelijke taakinvulling van de vertegenwoordigers in verzorgingshuizen wordt gekeken, blijkt dat in enkele onderzochte verzorgingshuizen de contactpersoon niet bij alle belangrijke zorgbeslissingen worden betrokken. In het bijzonder gebeurt dit niet bij de opstelling van het zorgplan en soms ook niet bij toepassingen van vrijheidsbeperking. Dit doet zich zowel bij verzorgingshuizen met als verzorgingshuizen zonder bopz-aanmerking voor.

Bij vrijheidsbeperkende toepassingen wordt aan de vertegenwoordiger in de meeste instellingen gevraagd om voor toestemming te tekenen op een M&M-formulier. Dit tekenen kan voor, maar soms ook na de toepassing van de vrijheidsbeperkende maatregel. Bij dit laatste dient de vertegenwoordiger dan wel vooraf telefonisch toestemming te hebben gegeven. Verder komt het voor dat er geen M&M-formulier is, maar dat de vertegenwoordiger het gehele zorgplan van de bewoner moet ondertekenen. In enkele verzorgingshuizen – zowel met als zonder aanmerking – wordt uit de interviews duidelijk dat vertegenwoordigers niet om toestemming is gevraagd voor vrijheidsbeperkende maatregelen. Met name bij het gebruik van medicatie doet zich dit nogal eens voor.

Net als in verpleeghuizen gebeurt het in verzorgingshuizen wel eens dat vertegenwoordigers het niet eens zijn met het voornemen om vrijheidsbeperkingen toe te passen. Een manier om de vertegenwoordigers alsnog in te laten stemmen is het verstrekken van meer informatie. Verzorgenden verwijzen de familie daartoe vaak door naar de behandelend arts. De toestemming wordt dan in het algemeen alsnog verkregen. Ook in verzorgingshuizen wordt echter af en toe druk uitgeoefend op vertegenwoordigers om alsnog toestemming te geven. Een pressiemiddel is bijvoorbeeld het schermen met de noodzaak om de bewoner over te plaatsen naar een verpleeghuis, omdat zonder de vrijheidsbeperking geen verantwoorde zorg meer kan worden geleverd. Het uitoefenen van druk komt zowel in verzorgingshuizen met als zonder aanmerking voor. Dientengevolge maakte geen van de onderzochte verzorgingshuizen met bopz-aanmerking gewag van een situatie waarin dwangbehandeling aan de inspectie moest worden gemeld, omdat de vertegenwoordiger niet met de behandeling had ingestemd. Toch werd wel gesteld dat zonodig dwangbehandeling zou worden toegepast, ook indien de vertegenwoordiger niet instemt met de toepassing ervan.

Vertegenwoordigers zijn veelal niet goed op de hoogte van de mogelijkheden en alternatieven bij toepassingen van vrijheidsbeperking en hebben soms net als in verpleeghuizen de neiging om eerder dan zorgverleners over te gaan tot vrijheidsbeperkende maatregelen.

5.3.3 Zorgaanbieders die niet onder de Wet bopz vallen

Bij zorgaanbieders waarop de Wet bopz niet van toepassing is hebben net als verpleeg- en verzorgingshuizen velen een vast beleid om een vertegenwoordiger aan te wijzen. Een aantal doet het altijd, terwijl sommigen uitsluitend een vertegenwoordiger aanwijzen bij meer ingrijpende beslissingen. In Tabel 5-1 is een overzicht opgenomen.

Tabel 5-1 Vertegenwoordigingsbeleid

	N=	Altijd	Afhankelijk situatie	Geen beleid
KWV	22	95,5	4,5	0
Woonzorgcomplexen	58	72,2	3,4	20,7
Ziekenhuisafdelingen	180	57,8	4,4	34,4
Thuiszorginstellingen	52	42,3	48,1	7,7
Huisartsen	47	38,3	2,1	59,6

Gemiddeld heeft de helft van de instellingen het beleid om standaard een vertegenwoordiger aan te wijzen, terwijl ruim een derde geen beleid met betrekking tot vertegenwoordiging hanteert.

Vrijwel alle zorgaanbieders hebben bij psychogeriatrische patiënten meegemaakt dat er geen vertegenwoordiger die in de Wgbo wordt genoemd voorhanden was. Ook hier wordt dan gekeken of er vrienden, kennissen of burens zijn die als vertegenwoordiger/contactpersoon kunnen optreden. Sommige ziekenhuisafdelingen zoeken contact met de huisarts om te participeren in het nemen van zorgbeslissingen. Verder komt het voor dat de behandelende arts de verantwoording neemt voor de beslissing.

Hoewel de meeste instellingen zeggen dat bij ingrijpende behandelingen wordt nagegaan of de patiënt wilsbekwaam is – bij toepassingen van vrijheidsbeperking zelfs altijd – doet geen van de onderzochte zorgaanbieders dit op een systematische wijze. In ziekenhuizen komt het incidenteel voor dat er testen worden gebruikt of deskundigen worden geraadpleegd. Nergens zijn echter protocollen voor het vaststellen van de wilsbekwaamheid ontwikkeld en wanneer een patiënt wilsonbekwaam wordt verklaard, wordt dit ook niet in het zorgdossier vastgelegd. Uit de interviews blijkt dat de vraag naar wilsbekwaamheid uitsluitend aan de orde komt als de patiënt een voorstel voor een bepaalde behandeling of verzorging weigert.

Tabel 5-2 Vaststellen wilsonbekwaamheid

	N=	Altijd	Ingrijpende behandelingen (incl. vbm)	Alleen bij vbm	Indien aanleiding	Nooit	Overig
KWV	22	45,5	27,4	0	4,5	9,1	13,6
Woonzorgcomplexen	58	25,9	25,9	17,2	5,2	25,9	0
Ziekenhuisafdelingen	184	24,5	34,2	17,4	5,4	14,1	3,8
Huisartsen	44	18,2	38,6	20,5	4,5	18,2	0
Thuiszorginstellingen	52	7,2	23,1	17,3	15,4	26,9	9,6

Voor toepassingen van vrijheidsbeperking wordt door de onderzochte instellingen meestal toestemming gevraagd aan vertegenwoordigers van de psychogeriatrische patiënten. Wanneer het vrijheidsbeperkende karakter van bepaalde middelen en maatregelen niet wordt onderkend, zoals geregeld voorkomt bij het gebruik van bedhekken, wordt die toestemming niet gevraagd. Deze middelen worden veelal uit automatisme gebruikt. Voor medicatie vragen artsen eveneens dikwijls geen toestemming. In ziekenhuizen worden vertegenwoordigers weliswaar geïnformeerd over toepassingen van vrijheidsbeperking, maar wordt niet altijd om expliciet om toestemming gevraagd. Dat geldt niet alleen voor noodsituaties.

Ook bij instellingen die buiten de reikwijdte van de Wet bopz vallen blijkt dat vertegenwoordigers soms onder druk gezet worden om in te stemmen met toepassingen van vrijheidsbeperking. Net als bij andere instellingen wordt dan familieleden voorgehou-

den dat de patiënt moet worden overgeplaatst of dat de familie de zorg zelf op zich zal moeten nemen als men niet akkoord gaat met de vrijheidsbeperkende maatregel.

5.3.4 Wettelijke vertegenwoordigers

Tijdens de interviews werd in alle sectoren aan zorgverleners steeds gevraagd in hoeverre men van doen had met wettelijke vertegenwoordigers. Het blijkt dat die relatief weinig voorkomen. Van de drie vormen van wettelijke vertegenwoordiging gaat het meestal om bewindvoering. Mentoren komen nauwelijks voor en slechts een enkele instelling heeft wel eens zelf een procedure geïnitieerd om er één aan te wijzen. Dit blijkt eveneens uit onderzoek van Blankman, Oomens en Van Zutphen.⁶¹ Uit dit onderzoek komt naar voren dat in de psychogeriatric minder dan 600 mentoren per jaar worden aangesteld, waarvan bij minder dan twee procent het initiatief door hulpverleners werd genomen. In al deze gevallen is de reden dat er geen familie is of dat onenigheid binnen de familie is opgetreden. De drijfveer voor het verzoek tot een mentorschap is dan echter niet een beoogde versterking en verduidelijking van de positie van het familielid dat vertegenwoordigt. Andere redenen geven de doorslag. Verder laat het onderzoek van Blankman c.s. zien dat het contact tussen mentor en rechter veelal eenmalig is. In de regel hoeft een mentor niet periodiek verslag te doen van zijn werkzaamheden.

5.4 Evaluatie

In de vorige paragrafen zijn de wettelijke kaders met betrekking tot vertegenwoordiging besproken, alsmede de wijze waarop vertegenwoordiging in de praktijk plaatsvindt, waarbij met name aandacht is geschonken aan vertegenwoordiging bij vrijheidsbeperkende maatregelen. In deze paragraaf worden de vertegenwoordigingsregelingen geëvalueerd. Besproken worden de wettelijke regelingen van de Wgbo, de Wet mentorschap en – voor zover relevant – de Wet bopz.⁶² De curatele komt niet apart aan de orde, omdat de curator in de gezondheidszorg door de schakelbepaling van art. 1:381 lid 4 BW nagenoeg dezelfde bevoegdheden als de mentor heeft. Waar hieronder over mentor of mentorschap wordt gesproken kan daarom in de meeste gevallen ook curator of curatele worden gelezen.

5.4.1 Aanvaardbaarheid

Bij vertegenwoordiging doet zich een spanningsveld voor tussen zelfbeschikking en bescherming. In beginsel prevaleert zelfbeschikking, maar als iemand daartoe niet in staat is, noopt het beschermingsbeginsel tot ingrijpen. Beide beginselen spelen ook een rol in de wijze waarop vervangend beslist moet worden: de hiervoor in paragraaf 5.2.2.3 beslissingsmodellen vormen hier een uitdrukking van. Gesteld zou kunnen worden dat in het substituted judgement-model zelfbeschikking de nadruk heeft boven bescherming, terwijl in het best interests-model bescherming prevaleert.

In de wetgeving inzake vertegenwoordiging komt naast bovenstaande beginselen tevens het beginsel van goede zorg tot uitdrukking en wel in de norm 'goed vertegenwoordigerschap'. Ook het goed hulpverlenerschap dat in art. 7:465 lid 4 BW met nadruk wordt genoemd als te hanteren norm bij de nakoming van verplichtingen jegens de vertegenwoordiger, is hier een uitvloeisel van.

Bij de wettelijke vertegenwoordiging speelt bovendien het rechtszekerheidsbeginsel nadrukkelijk een rol. In verband met de rechtszekerheid wordt hier het uitgangspunt 'be-

⁶¹ Zie over dit onderzoek Blankman, K., 2000.

⁶² De Wet bopz kent omwille van de eenduidigheid een vrijwel gelijkkluidende vertegenwoordigingsregeling als de Wgbo.

kwaam tenzij' omgedraaid en is degene die onder curatele of mentorschap staat handelingsonbekwaam, respectievelijk handelingsonbevoegd.

De gekozen uitgangspunten komen overeen met de in hoofdstuk 4 geformuleerde pijlers van menswaardigheid en kunnen daarom als aanvaardbaar worden bestempeld. In de praktijk blijken evenmin problemen met uitgangspunten of doelstellingen van de verschillende vertegenwoordigingsregelingen.

5.4.2 Doelstellingen

Voor de vertegenwoordigingsregeling van de Wgbo is geen specifieke doelstelling geformuleerd, maar uit de memorie van toelichting kan wel worden afgeleid dat deze bedoeld is om ter eerbiediging van de lichamelijke en geestelijke integriteit van de patiënt bescherming te bieden voor die situaties waarin de patiënt zelf niet in staat is om zelf de uit een behandelingsovereenkomst voortvloeiende rechten uit te oefenen. De Wgbo biedt die bescherming, met name in situaties waarin iemand die niet in staat is tot behartiging van zijn eigen belangen geen wettelijke vertegenwoordiger heeft.⁶³

De aanhef van de Wet mentorschap bevat ook geen duidelijke doelstelling. Hierin komt slechts de wenselijkheid tot uitdrukking dat een regeling mentorschap wordt ingesteld ten behoeve van meerderjarigen, die als gevolg van hun geestelijke of lichamelijke toestand tijdelijk of duurzaam niet in staat zijn of bemoeilijkt worden hun belangen van niet-vermogensrechtelijke aard zelf behoorlijk waar te nemen. In de memorie van toelichting valt te lezen dat een doelstelling van het mentorschap het bieden van bescherming is aan personen die niet tot een redelijke belangenafweging in staat zijn. Daarbij maakt het niet uit of de oorzaak een gevolg is van de geestelijke dan wel de lichamelijke toestand.⁶⁴ Verder wordt opgemerkt dat met het mentorschap een beschermingsmaatregel van burgerrechtelijke aard beoogd wordt en wel een maatregel die een beperktere strekking heeft dan de curatele en die gezien kan worden als pendant van het beschermingsbewind. Uit de verdere toelichtingen komt naar voren dat het mentorschap vooral bedoeld is voor die situaties waarin onenigheid binnen de familie bestaat, of geen reguliere vertegenwoordiger voorhanden is.

Bij de toelichtingen op de vertegenwoordigingsregelingen van Wgbo en Wet mentorschap worden psychogeriatrische patiënten met name genoemd als één van de doelgroepen.

5.4.3 Toepasbaarheid

Een belangrijk moment bij vertegenwoordiging is wanneer een vertegenwoordiger ingeschakeld moet worden. Dat gebeurt wanneer een patiënt wilsonbekwaam wordt verklaard. Alle betrokken regelingen hanteren hierbij dezelfde norm: het niet kunnen maken van een redelijke belangenafweging ter zake. Geen van de regelingen geeft nadere richtlijnen voor het vaststellen van de wilsonbekwaamheid; noch inhoudelijk, noch procedureel.

Door het ontbreken van procedurele waarborgen is dan niet na te gaan of de beslissing tot wilsonbekwaamheid zorgvuldig tot stand is gekomen. Met name bij patiënten die niet mondig genoeg zijn om tegen zo'n beslissing te ageren, zoals veelal bij psychogeriatrische patiënten het geval is, heeft dit tot gevolg dat het gevaar bestaat dat eenvoudig

⁶³ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 3, Vergaderjaar 1989-1990, p. 21.

⁶⁴ Handelingen Tweede Kamer, 22 474. nr. 3, Vergaderjaar 1991-1992, p. 8.

wordt voorbijgegaan aan de mogelijkheid om de patiënt zelfstandig te laten beslissen, zonder dat voor dit besluit een goede onderbouwing kan worden gegeven.

Bij vertegenwoordiging kan een onderscheid worden gemaakt in door de rechter aangewezen vertegenwoordigers – deze worden wettelijke vertegenwoordigers genoemd, en informele vertegenwoordigers – die ofwel door de patiënt zijn aangewezen ofwel onbenoemd zijn.

Wettelijke vertegenwoordigers hebben op grond van de Wgbo en de Wet bopz nagevoeg dezelfde bevoegdheden in vergelijking tot informele vertegenwoordigers.⁶⁵ Daarmee lijkt het verzoek aan de rechter om een curator of mentor in te stellen uitsluitend nog opportuun in de situatie waarin geen informele vertegenwoordiger voorhanden is of onenigheid heerst in de kring van vertegenwoordigers over de wijze waarop vervangend beslist moet worden. Uit de parlementaire stukken komt naar voren dat ook beoogd is dat wettelijke vertegenwoordiging pas in beeld komt, wanneer informele vertegenwoordiging niet voldoet.

Verwacht zou mogen worden dat de regeling van de wettelijke vertegenwoordiging goed is afgestemd op die van de Wgbo. In deze wet vindt immers de vertegenwoordiging bij geneeskundige behandelingen in het algemeen, maar vooral ook de informele vertegenwoordiging in het bijzonder een basis. Toch blijken zich hier problemen voor te doen.

Een eerste onduidelijkheid kan gevonden worden in de reikwijdte van beide regelingen. Bepalend voor het bereik van de Wgbo is het begrip 'geneeskundige verrichting'. Dit wordt in art. 7:446 BW nader gedefinieerd. Het moet gaan om een verrichting die rechtstreeks betrekking heeft op een persoon, waarbij deze ertoe strekt hem van een ziekte te genezen, hem voor het ontstaan van een ziekte te behoeden, zijn gezondheidstoestand te beoordelen of verloskundige bijstand te verlenen. Ook het in het kader van een geneeskundige behandeling verplegen en verzorgen van een patiënt, en het overigens rechtstreeks ten behoeve van de patiënt voorzien in de materiële omstandigheden waaronder die handelingen kunnen worden verricht, valt eronder. Verder blijkt uit de bepaling dat los van de hiervoor gegeven definities iedere handeling van een arts of tandarts die in die hoedanigheid wordt verricht een geneeskundige verrichting is.

De mentor is bevoegd op te treden in aangelegenheden betreffende de verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding (art. 1:453 BW). Met deze omschrijving is een ruimere reikwijdte beoogd dan bij de Wgbo.

De verschillende omschrijvingen hebben tot gevolg dat bij verzorging en begeleiding een mentor wel kan optreden, terwijl een informele vertegenwoordiger dit niet kan omdat de Wgbo niet van toepassing is. In die situatie zal moeten worden teruggevallen op de zaakwaarnemingsregeling die minder waarborgen biedt.

Voor het grootste deel overlappen de reikwijdtes van beide regelingen elkaar echter. Dat geldt in ieder geval voor alle verrichtingen waarbij direct of indirect een arts betrokken is. Wanneer de Wgbo van toepassing is, heeft dit gevolgen voor de taak de mentor om de wilsonbekwaamheid van de patiënt te beoordelen. De Wet mentorschap geeft hem de opdracht om na te gaan of de betrokkene wilsbekwaam is, en te bevorderen dat deze rechtshandelingen verricht voor zover hij daartoe in staat is. Een onder mentorschap gestelde patiënt is slechts handelingsbevoegd voor zover hij toestemming heeft van de mentor om bepaalde rechtshandelingen zelfstandig te verrichten.

⁶⁵ Zie Blankman, K., *Mentorschap. Een voorstel van wet, 1994*, p. 948.

De Wgbo legt aan de hulpverlener op grond van art. 7:450 BW de plicht op om voor verrichtingen ter uitvoering van de behandelingsovereenkomst toestemming aan de patiënt te vragen. Daarbij moet hij nagaan of de patiënt in staat is tot een redelijke belangenafweging ter zake, waarbij een goed hulpverlener tevens met de vertegenwoordiger overlegt.

Daarmee lijkt het erop dat aan twee verschillende actoren dezelfde opdracht wordt gegeven, hetgeen tot onduidelijk kan leiden.⁶⁶ Nadere analyse laat zien dat de hulpverlener de beste papieren heeft om in deze beslissingsbevoegd te zijn. Wanneer de Wgbo van toepassing is brengt dit met zich mee dat de mentor die in tegenstelling tot de hulpverlener van mening is dat de onder mentorschap gestelde wilsonbekwaam is, zich tegenover die hulpverlener niet kan beroepen op het feit dat de patiënt handelingsonbevoegd is. De hulpverlener heeft immers op grond van deze wet een eigen beoordelingsbevoegdheid.⁶⁷ Als de hulpverlener van mening is dat de patiënt ter zake een redelijke belangenafweging kan maken moet hij diens wensen respecteren, zelfs als dit indruist tegen de mening van de wettelijke vertegenwoordiger. De hulpverlener moet bovendien aan de mening van de mentor voorbijgaan als hij diens beslissing niet in overeenstemming met zijn goed hulpverlenerschap acht.

Hoewel de analyse laat zien dat de hulpverlener naar alle waarschijnlijkheid het laatste woord heeft, had meer afstemming van beide wetten op dit punt tot meer duidelijkheid kunnen leiden.

Vergelijkbaar zijn de Wet mentorschap en de Wgbo in de wijze van invulling van de vertegenwoordigingstaak. Beiden gaan uit van het 'goed vertegenwoordigerschap'. Hoewel zij consistent zijn, geven de twee regelingen de vertegenwoordiger echter weinig richting voor wat betreft de wijze waarop vervangend beslist moet worden. De Nederlandse wetgever laat vertegenwoordigers en hulpverleners hierin geheel vrij, c.q. ongewis, al werd een voorkeur uitgesproken voor substituted judgement-achtige elementen. Enerzijds geeft die vrijheid de ruimte om een vervangende beslissing op maat te maken. Dit biedt immers de mogelijkheid om in de ene situatie een beslissing op basis van substituted judgement te nemen en in een andere voor een best interests-oplossing te kiezen, wanneer dit opportuun lijkt. Aan de andere kant ontbreken ijkpunten die kunnen leiden tot inzichtelijkheid in hoeverre een genomen beslissing juist is. In tegenstelling tot het goed hulpverlenerschap ontbreekt bij de norm 'goed vertegenwoordigerschap' ook anderszins een referentiekader: er zijn geen beroepscode, standaarden, pro-

⁶⁶ Ook Van Wijmen wijst op de onduidelijkheid in de relatie mentor – hulpverlener wie nu uiteindelijk de wilsonbekwaamheid vaststelt. Van geval tot geval kan verschillen wat het meest wenselijk is. Een hulpverlener is in het algemeen meer deskundig om de wilsonbekwaamheid vast te stellen, maar een vertegenwoordiger/mentor kent de betrokkene beter en kan uit dien hoofde diens autonomie beter benaderen. Wijmen, F.C.B., van, Driehoeks-verhoudingen, 1990, p. 51. Zie daarnaast over dit onderwerp Blankman, K., 1995, p. 86, Boer, J., de, 1995 en Jansen, I., 1996.

⁶⁷ Volgens Jansen (1996) leidt het gegeven dat een hulpverlener een patiënt terzake wilsbekwaam beschouwt er niet toe dat de mentor geen verantwoordelijkheid meer heeft om vast te stellen of de betrokkene wilsbekwaam is. Hij is van mening dat beiden zich een oordeel moeten vormen over de eventuele wilsbekwaamheid en dat goed overleg tussen hulpverlener en mentor de oplossing zal bieden en voegt daaraan toe dat dit ook 'recht doet aan de beschermingsgedachte en aan de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever' om naast de hulpverlener de mentor een zelfstandige bevoegdheid toe te kennen. Een oplossing voor de situatie waarin overleg geen uitkomst biedt voor het meningsverschil geeft hij echter niet en evenmin welke regeling dan prevaleert.

tocollen en dergelijke. De literatuur biedt eveneens weinig aanknopingspunten.⁶⁸ Overigens kent de Wet mentorschap in tegenstelling tot de Wgbo de mogelijkheid van het opleggen van een periodieke verslagleggingsplicht door de rechter aan de mentor, maar in de praktijk blijkt hier geen gebruik van te worden gemaakt.⁶⁹

De wet biedt kortom geen ondersteuning bij het invullen van goed vertegenwoordigerschap. Dit kan leiden tot onzekerheid bij vertegenwoordigers die niet weten hoe zij moeten beslissen, maar ook bij degenen die moeten beoordelen in hoeverre vertegenwoordigers juist hebben gehandeld.

5.4.4 Uitvoerbaarheid

In paragraaf 5.3 is de praktijk beschreven van de invulling van het bepalen van de wilsonbekwaamheid en het vertegenwoordigerschap in de twee sectoren die onder de reikwijdte van de Wet bopz vallen en sectoren waar zorg aan psychogeriatrische patiënten wordt geleverd, maar die buiten de werking van deze wet vallen. Bestudering van deze settings laat zien dat in grote lijnen op dezelfde wijze met wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging wordt omgegaan.

Voor het bepalen van de wilsonbekwaamheid gelden geen vaste procedures. Veelal gebeurt de bepaling ervan ad hoc en is zij meer een kwestie van gevoel dan dat er een rationele beslissing aan ten grondslag ligt. Bij psychogeriatrische patiënten lijkt men bovendien eerder uit te gaan van wilsonbekwaamheid tenzij, dan dat het vermogen tot het kunnen maken van een redelijke belangenafweging uitgangspunt is. Nergens wordt structureel vastgelegd wanneer en hoe men tot het besluit is gekomen dat een patiënt wilsonbekwaam is, zodat deze beslissing achteraf ook niet meer getoetst kan worden. Daarmee is de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten in deze nogal wankel. Voor een deel kan dit worden toegeschreven aan de wijze waarop het veld met wilsonbekwaamheid omgaat: er wordt voldoende ruimte geboden om zorgvuldige procedures op dit terrein te ontwikkelen. Aan de andere kant geeft de wet, zoals hiervoor in 5.4.3 werd gesteld, onvoldoende sturing om een zorgvuldige invulling tot stand te brengen.

Problemen met betrekking tot vertegenwoordiging doen zich vooral voor in situaties waarin zorgverleners minder goed op de hoogte zijn van de bevoegdheden van vertegenwoordigers. Dit kan ertoe leiden dat geen toestemming wordt gevraagd voor verrichtingen waar dit wel vereist is. Tevens komt het geregeld voor dat vertegenwoordigers onder druk worden gezet om akkoord te gaan met vrijheidsbeperkende maatregelen.

Verder zijn ook vertegenwoordigers vaak onvoldoende op de hoogte van bevoegdheden die zij hebben. Onvoldoende kennis van alternatieve mogelijkheden bij behandelingen kan er bovendien toe leiden dat niet de meest adequate vertegenwoordigingsbeslissing genomen wordt.

Voor het grootste deel gaat het bij tekortkomingen in de uitvoering van de vertegenwoordiging niet zozeer om tekortkomingen van de wettelijke regelingen, maar meer om de feitelijke invulling daarvan. Toch doet ook hier het ontbreken van richtlijnen inzake hoe te vertegenwoordigen en de afwezigheid van procedurele waarborgen zich voelen. Noch zorgverleners, noch vertegenwoordigers weten nu wanneer sprake is van goed vertegenwoordigerschap.

⁶⁸ Zie ook Wijmen, F.C.B., van, Driehoeksverhoudingen, 1990, p. 51.

⁶⁹ Blankman, K. en Y.L.L. Zutphen, van, 1998, p. 341.

Opvallend is voorts dat alle onderzochte zorgaanbieders geregeld te maken krijgen met situaties waarin de in art. 7:465 BW genoemde vertegenwoordigers ontbreken. Dikwijls komt men de verplichtingen op basis van de behandelingsovereenkomst dan na jegens anderen, zonder dat de wet daartoe de bevoegdheid verleent. Velen maken dan geen onderscheid in de wijze waarop die nakoming plaatsvindt tussen deze groep zaakwaarnemers of de in art. 7:465 BW genoemde vertegenwoordigers. Met name wanneer vrijheidsbeperkingen worden toegepast en vertrouwelijke zaken met betrekking tot de patiënt worden besproken, doet men daarmee eigenlijk geen recht aan het waarborgen van de rechtspositie van de patiënt. Zorgverleners zijn doorgaans niet op de hoogte van het bestaan van de wettelijke regeling van de zaakwaarneming en verschillen tussen deze regeling en die van de vertegenwoordiging uit de Wgbo.

Ook op dit punt lijkt de wetgeving tekort te schieten, aangezien deze geen pasklare oplossing biedt voor de situatie waarin reguliere vertegenwoordiging ontbreekt. Van de mogelijkheid die bestaat om voor de langere termijn een oplossing te bewerkstelligen, het aanvragen van een mentorschap, wordt door de instellingen die deze mogelijkheid bezitten slechts sporadisch gebruik gemaakt. Voor enkele keer dat dit gebeurt is het hoofdmotief meestal niet rechtsbescherming.

5.4.5 Handhaafbaarheid

Hiervoor kwam steeds naar voren dat de vertegenwoordigingsregelingen twee belangrijke beoordelingsmomenten kennen, namelijk de wilsonbekwaamheidsbepaling en de wijze waarop de vertegenwoordiging plaatsvindt. Hieronder wordt besproken hoe de wijze waarop het recht hierbij gehandhaafd wordt, moet worden beoordeeld.

De Wgbo en de Wet mentorschap hebben geen speciale procedure om het recht te handhaven indien iemand onterecht wilsonbekwaam of wilsbekwaam wordt bevonden. Dat betekent dat wanneer het oordeel van de mentor ter discussie staat de kantonrechter hem, bijvoorbeeld op verzoek van de hulpverlener of van iemand anders, om inlichtingen kan vragen (art. 1: 459 BW). Naar aanleiding daarvan kan de kantonrechter zonodig de mentor van zijn taak ontheffen. Hij heeft in deze overigens een zelfstandige bevoegdheid en is niet verplicht om aan een verzoek van de hulpverlener gehoor te geven. Is er onenigheid over de wils(on)bekwaamheidsbevinding door een hulpverlener dan kan een civielrechtelijke procedure gevoerd worden, een klacht worden ingediend bij de klachtencommissie of een tuchtklacht bij de tuchtrechter. Voor de psychogeriatrische patiënt die het niet eens is met een wilsonbekwaamheidsverklaring zullen deze wegen echter in het algemeen te hoog gegrepen zijn. Een initiatief tot deze procedures zal daardoor feitelijk uitsluitend van vertegenwoordigers afkomstig zijn.

In tegenstelling tot de andere twee wetten kent de Wet bopz wel een aparte procedure met betrekking tot de wilsonbekwaamheidsverklaring door diens behandelaar. Art. 41 bopz stelt hiervoor de bopz-klachtenprocedure open. Deze procedure wordt in hoofdstuk 9 uitgebreid besproken, en blijft hier verder buiten beschouwing. Volstaan wordt hier met de opmerking dat ook deze procedure voor de patiënt zelf naar alle waarschijnlijkheid te moeilijk zal zijn om zelf te voeren.

Resumerend kan worden gesteld dat vertegenwoordigers waarschijnlijk hooguit naar de rechter zullen stappen wanneer iemand in hun ogen onterecht wilsbekwaam wordt verklaard, terwijl wanneer iemand onterecht wilsonbekwaam wordt bevonden het initiatief in de regel van de patiënt zelf uit zal moeten gaan. Het probleem is dan dat de meeste patiënten niet bij machte zijn om daarvoor een procedure te voeren, zodat onterechte wilsonbekwaamheidsverklaringen niet snel aan het licht zullen komen. Daardoor kan van jurisprudentie in de eerste plaats geen corrigerende werking worden verwacht,

Hoofdstuk 5

maar ontstaan bovendien geen criteria die gehanteerd kunnen worden bij het onderzoeken van de wilsbekwaamheid van patiënten.

Ook tegen de wijze waarop het recht is ingevuld wat betreft de handhaving van goed vertegenwoordigerschap kunnen kritiekpunten worden ingebracht.

In de eerste plaats zijn de Wgbo en de Wet mentorschap zijn niet consistent in de wijze waarop moet worden omgegaan met de situatie waarin een persoon niet handelt als goed vertegenwoordiger. De Wet mentorschap schrijft zoals gezegd voor dat de kantonrechter de mentor om inlichtingen kan vragen over de invulling van zijn taak. Naar aanleiding daarvan kan deze zonedig de mentor van zijn taak ontheffen. Een hulpverlener die van mening is dat een mentor zijn werk niet goed doet zal deze weg echter alleen volgen als de Wgbo niet van toepassing is, omdat deze wet voor hem een eenvoudiger route kent.

De Wgbo legt op grond van art. 7:465 lid 4 BW aan de hulpverlener de plicht op om zijn verplichtingen na te komen aan de (wettelijke) vertegenwoordigers van de patiënt tenzij die nakoming niet verenigbaar is met de zorg van een goed hulpverlener. Een hulpverlener die van mening is dat een vertegenwoordiger niet handelt als goed vertegenwoordiger kan dus aan de beslissing van die vertegenwoordiger voorbijgaan. De vertegenwoordiger zal dan op zijn beurt het goed hulpverlenerschap in rechte moeten betwisten, waarop de rechter eventueel een uitspraak kan doen over het vertegenwoordigerschap. In de praktijk blijkt dit hoogst zelden te gebeuren.

In de praktijk zal een rechter dus zelden een uitspraak doen zal doen over goed vertegenwoordigerschap. Dit is betreurenswaardig. Goed vertegenwoordigerschap en goed mentorschap zijn open normen. In hoofdstuk 4 werd beschreven dat open normen werkbaar zijn als deze door de praktijk nadere invulling kunnen krijgen. In casu ontstaan echter door het ontbreken van rechterlijke uitspraken niet of nauwelijks richtlijnen. Zoals gezegd krijgt de kantonrechter in ieder geval geen incentives van de hulpverlener die op basis van een behandelingsovereenkomst werkt, maar waarschijnlijk ook niet van anderen, teneinde de mentor om uitleg te vragen.

Ook in het verleden werd door onder meer Van Wijmen reeds gewezen op het ontbreken van goede conflictregelingen tussen arts en vertegenwoordigers, vertegenwoordiger en vertegenwoordigers en vertegenwoordigers onderling.⁷⁰ Blankman merkt bovendien op dat tevens een conflictregeling ontbreekt wanneer een mentor en een bewindvoerder een conflict hebben over een beslissing van de mentor die gevolgen heeft voor het vermogen dat onder beschermingsbewind is gesteld. Art. 1:458 BW geeft aan dat de bewindvoerder geen bevoegdheden heeft in aangelegenheden op het gebied van verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding, voor zover die gevolgen hebben voor de onder het beschermingsbewind staande goederen. Hij wijst erop dat een mentor weliswaar gebonden is aan goed mentorschap, maar dat een conflictregel voor het geval beide verantwoordelijkheden van bewindvoerder en mentor botsen, ontbreekt.⁷¹ Overigens geldt voor de bewindvoerder eveneens dat hij aan de kantonrechter kan vragen om de mentor te verzoeken van zijn werkzaamheden verslag te doen.

Samengevat kan over de handhaafbaarheid van de vertegenwoordigingsregelingen worden opgemerkt dat de wetgever hiervoor geen duidelijke voorzieningen heeft getroffen. Wel is het zo dat disfunctionerende formele vertegenwoordigers van hun be-

⁷⁰ Wijmen, F.C.B., van, 1991, p. 314.

⁷¹ Blankman, K., *Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen*, 1992, p. 446-447.

voegdheden kunnen worden ontheven, terwijl informele vertegenwoordigers 'mond-dood' kunnen worden gemaakt door een mentor of een curator in te stellen. Ook voor de wilsonbekwaamheidsbeoordeling bestaan geen goede handhavingsmogelijkheden. Evenmin zijn er procedurele waarborgen die vertegenwoordigingsbeslissingen en wilsonbekwaamheidsbeoordelingen beter toetsbaar of meer inzichtelijk kunnen maken.

5.4.6 Consistentie met hogere regelingen

In 1997 heeft Nederland het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de waardigheid van het menselijk wezen met betrekking tot de toepassing van de biologie en geneeskunde (Vrmb) ondertekend.⁷² Het verdrag is echter nog niet geratificeerd en derhalve in Nederland nog geen geldend recht. Het Vrmb bevat een aantal bepalingen over wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging van patiënten. Art. 6 lid 3 Vrmb luidt in de officiële vertaling:

In de gevallen waarin, volgens de wet, een meerderjarige vanwege een verstandelijke handicap, ziekte of om soortgelijke redenen niet in staat is om toestemming te geven voor een handeling, mag de handeling alleen worden verricht met machtiging van zijn of haar vertegenwoordiger of van een bij wet aangewezen autoriteit, persoon of instantie. De desbetreffende persoon wordt voor zover mogelijk betrokken bij de machtigingsprocedure.

Over art. 6 wordt in de toelichting opgemerkt dat de methode ter bepaling van de wilsonbekwaamheid een zaak voor de nationale wetgeving is. Beperkingen die op de autonomie van de patiënt worden gemaakt, behoren in diens belang te zijn. Er dient toestemming voor de beperking te zijn verleend door een vertegenwoordiger. De wensen van de vertegenwoordiger hoeven door een arts niet te worden uitgevoerd als die wensen niet in het belang van de patiënt zijn.

Bij deze bepaling rijst de vraag in hoeverre behandeling mogelijk is voor de situatie dat geen toestemming voorhanden is, nu deze bepaling uitdrukkelijk vereist dat er een vertegenwoordiger is of een 'representative or an authority or a person or body provided for by law'. De toelichting merkt met betrekking tot een persoon of orgaan van overheidsweg het volgende op:

"It was not considered necessary to provide in this article for a right of appeal against the decision of the legal representative to authorise or refuse to authorise an intervention. In the very terms of paragraphs 2 and 3 of this article, the intervention may be carried out only "with the authorisation of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law", which in itself implies the possibility of appealing to a body or authority in the manner provided for in domestic law."⁷³

Ook de toelichting lijkt te impliceren dat er te allen tijde een vertegenwoordiging moet zijn, en dat er eventueel een mogelijkheid kan zijn voor een arts om in beroep te gaan tegen een beslissing van een vertegenwoordiger. Dit laatste is echter niet verplicht.

Een vertegenwoordiger in alle situaties, ook als er geen door de Wgbo aangewezen persoon voorhanden is, zou de rechtspositie van wilsonbekwame patiënten die nu geen vertegenwoordiger hebben aanmerkelijk verbeteren. In de huidige wetgeving kan de hulpverlener in het kader van zijn goed hulpverlenerschap beslissingen nemen voor wilsonbekwame patiënten, maar of dit voldoende is om te voldoen aan art. 6 lid 3 is twijfelachtig.

⁷² Convention on Human Rights and Biomedicine, 1997 en 1999.

⁷³ Convention on Human Rights and Biomedicine, Explanatory Report, 1997, p. 9.

5.5 Conclusie

In dit hoofdstuk werd ingegaan op de vertegenwoordigingsregelingen die van kracht zijn bij toepassingen van vrijheidsbeperking op wilsonbekwame patiënten. Met name de Wgbo, de Wet mentorschap en de Wet bopz waren daarbij relevant om te bespreken. Om verschillende redenen bieden de vertegenwoordigingsregelingen in deze wetten onvoldoende bescherming.

Allereerst geven de bepalingen die betrekking hebben op wilsonbekwaamheid onvoldoende sturing aan betrokkenen om vast te kunnen stellen waar het omslagpunt ligt waarbij een patiënt niet meer zelfstandig een beslissing mag nemen. Er zijn geen criteria noch biedt de wetgeving anderszins houvast, bijvoorbeeld in de vorm van aandachtspunten. Het vaststellen van wilsonbekwaamheid heeft belangrijke juridische gevolgen en daarom is het van belang dat dit op zorgvuldige wijze door deskundigen wordt vastgesteld. Het moet mogelijk zijn – met behulp van die deskundigen – om criteria of richtlijnen in regelgeving te implementeren die kunnen helpen bij de bepaling van wilsonbekwaamheid, dan wel om bij de vaststelling procedurele waarborgen te bieden. Juist bij psychogeriatrische patiënten is dit van belang. Bij deze groep komt het geregeld voor dat zij wel nog in staat zijn om een zelfstandige beslissing te nemen maar dat onzekerheid in het gedrag de boventoon kan voeren. Voor deze gevallen moet voorkomen worden dat het bepalen van de wilsbekwaamheid ongemerkt verwordt tot een kort standaardonderzoek waarbij de conclusie van onbekwaamheid bij voorbaat al vaststaat, zonder dat deze gegeven kan worden onderbouwd.

In de tweede plaats kan worden gesteld dat de vertegenwoordigingsregelingen beperkingen bevatten. De vertegenwoordigingsregelingen hebben tot doel bescherming te bieden voor de situatie dat een patiënt zelf niet meer in staat is zijn eigen belangen naar behoren te behartigen. Het voorgaande laat zien dat die bescherming echter onvoldoende wordt bereikt. De relevante wetten bevatten onvoldoende criteria en ook niet de procedurele waarborgen om bescherming te bewerkstelligen. Bovendien zijn er inconsistenties hetgeen tot onduidelijkheden kan leiden. Verder zijn hulpverleners en vertegenwoordigers vaak onvoldoende op de hoogte van taken en bevoegdheden met betrekking tot de vertegenwoordiging. Tevens zijn de handhavingsmogelijkheden beperkt, of leiden althans niet tot het ontstaan van meer richtlijnen voor goede vertegenwoordiging. De conclusie luidt daarom dat de wettelijke vertegenwoordigingsregeling met betrekking tot vertegenwoordiging van psychogeriatrische patiënten onvoldoende effectief is.

In strijd met hetgeen in het nog door Nederland te ratificeren Europese Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Biogeneeskunde bevatten de Wgbo en de Wet bopz geen voorziening voor situaties waarin patiënten geen vertegenwoordiger hebben. In de praktijk blijken die situaties bij psychogeriatrische patiënten regelmatig voor te komen. Het aanstellen van een mentor zou zo'n voorziening kunnen zijn, maar er is geen verplichting voor hulpverleners om hiertoe een verzoek bij de kantonrechter in te dienen. Dit wordt dan ook slechts sporadisch gedaan en het motief is dan meestal niet rechtsbescherming van de patiënt.

Verder bevat geen van de wettelijke regelingen incentives voor goed vertegenwoordigerschap, noch staan er aanwijzingen in, welke aspecten bijdragen tot een goede vertegenwoordiging. De regelingen van de vertegenwoordiging kennen nauwelijks procedurele waarborgen voor goed vertegenwoordigerschap. Weliswaar wordt in de praktijk kennelijk een weg gevonden om met vertegenwoordiging om te gaan, maar dat wil niet zeggen dat de regeling naar behoren functioneert. Zeker wanneer het gaat om vertegenwoordiging bij toepassingen van vrijheidsbeperking blijkt uit de onderzoeken het

tegendeel. Het bieden van meer houvast in wetgeving voor goed vertegenwoordigerschap is geboden: niet alleen voor het construeren van een beslissing, maar ook voor het vaststellen van een handavingsinstrument dat verdere invulling geeft aan dit begrip.

Bovenstaande illustreert dat het vaststellen van wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging uiterst ingewikkelde aangelegenheden zijn. Niettegenstaande de knelpunten in de wetgeving, die aan de orde werden gesteld zijn enkele nuanceringen op zijn plaats. Wilsonbekwaamheid valt naar alle waarschijnlijkheid nooit geheel op basis van objectieve maatstaven vast te stellen. Vertegenwoordiging waarbij volledig in de geest van de patiënt wordt beslist, zonder dat eigen gevoelens van de vertegenwoordiger en/of de hulpverlener meespelen is waarschijnlijk evenmin mogelijk. Hoewel meer criteria voor het vaststellen van onbekwaamheid en de wijze van vertegenwoordiging wenselijk zijn, is het van belang te onderkennen dat een ideaalsituatie in de wet niet vast te leggen is. Een balans zal daarom moeten worden gezocht in het vastleggen van meer waarborgen en het werkbaar houden van de regeling in de praktijk. Daarbij dient aandacht te zijn voor zowel de positie van de hulpverlener als de vertegenwoordiger. Het gaat niet aan daarbij de opinie van de één over de wijze waarop beslist moet worden boven die van de ander te stellen. Wanneer overleg tussen beiden over de wijze waarop te handelen uitgangspunt is, ligt het voor de hand een onafhankelijke derde te betrekken wanneer verschil van mening ontstaat.⁷⁴ Of dat een rechter zou moeten zijn of een meer laagdrempelige instantie is een vraag die zeker ook vanuit praktisch perspectief zal moeten worden bekeken. Bovenal dient echter het belang van de patiënt voorop te staan.

⁷⁴ Zie ook het door I. Jansen opgemerkte in noot 67 van dit hoofdstuk.

6. OPNEMING

“Maar daar hebben ze óók een schitterende tuin hoor”, troost ik mijn moeder, mijn arm om haar schouder. Wij staan, allebei onze jassen aan, klaar om naar haar nieuwe adres te gaan. Zeshonderd meter hier vandaan, in haar eigen Statenkwartier. Zo alleen in de Van Loostraat ging het niet langer, daar waren wij het al een paar jaar over eens. En thuishulp wou ze niet. Ik moet geen vreemde wijven in mijn huis.

Vanochtend had zij weer dat muziekcorps gehoord, in de tuin.

‘Boem tsieng boem tsieng boem boem boem!’ imiteerde zij met starre ogen, grijs van de staar, ‘en om vijf uur beginnen ze al!’

Als ik die fanfare uit haar hoofd had gepraat, zette zij de volgende morgen een schaal gesmeerde boterhammen klaar op de trap, voor als de kinderen beneden kwamen.

‘Maar Annie: er wonen toch helemaal geen kinderen boven?’

‘O nee?’

‘Anke en ik zijn toch je kinderen?’

‘Ja dat is waar! Zou ik gek aan het worden zijn?’

‘Welnee, ben je mal.’

‘Ik kan toch nog wel een begrijpelijk gesprek met je voeren?’

‘Natuurlijk wel. Fantastisch zelfs. Daarom ben ik ook zo trots op je. Af en toe ben je een klein beetje in de war, dat is alles. Maar dat is iedereen tegenwoordig. En straks als het weer wat beter weer wordt, dan zal jij eens zien.’¹

6.1 Inleiding

Een van de meest ingrijpende momenten in het ziekteproces van psychogeriatrische patiënten is het moment waarin opnemings in een zorgvoorziening moet plaatsvinden, omdat zij niet meer in staat worden geacht om zelfstandig thuis te verblijven en hun zorg niet meer op een andere wijze kan worden geregeld. Soms kan een patiënt nog weloverwogen een keuze tot opnemings maken. In het algemeen is dat echter niet meer mogelijk en moeten anderen in zijn plaats kiezen. Van belang is dan dat een zorgvuldige afweging wordt gemaakt tussen het recht op vrijheid en zelfbeschikking van een psychogeriatrische patiënt enerzijds en de noodzaak tot bescherming en het bieden van verantwoorde zorg anderzijds om aldus een menswaardig bestaan te blijven waarborgen. De Wet bijzondere opnemings in psychiatrische ziekenhuizen (Wet bopz) kent verschillende procedures voor opnemings van mensen met een geestelijke stoornis of aandoening in instellingen die als psychiatrisch ziekenhuis zijn aangemerkt. De meest ingrijpende procedures zijn de gedwongen opnemings via een rechterlijke machtiging of inbewaringstelling, omdat langs deze weg mensen tegen hun wil opgenomen worden. Ten behoeve van psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten die niet de nodige bereidheid tonen tot opnemings, maar tegen die opnemings ook geen verzet uiten², bestaat daarnaast op basis van art. 60 bopz een speciale opnemingsprocedure. Deze procedure wordt ingevolge het Zorgindicatiebesluit uitgevoerd door het Regionaal

¹ Uit: Annie, Kooten, K., van, 2000.

² Patiënten die ten aanzien van hun opnemings niet de nodige bereidheid tonen, maar daar ook geen verzet of bezwaar tegen uiten, worden ook wel de geen bereidheid, geen bezwaar- ofwel de gbgb-groep genoemd.

Indicatieorgaan (RIO). De meeste opnemingen in bopz-aangemerkte verpleeg- en verzorgingshuizen vinden langs deze weg plaats. Het doel van deze procedure, die om pragmatische redenen werd geïntroduceerd, was om psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten dezelfde rechtsbescherming te bieden als mensen die via een rechterlijke machtiging of inbewaringstelling worden opgenomen. In dit hoofdstuk zal worden betoogd dat van de beoogde rechtsbescherming voor psychogeriatrische patiënten bij deze procedure maar weinig terecht komt. Bovendien zal blijken dat ook bij opneming in instellingen waar de Wet bopz zich niet toe uitstrekt sprake is van onvoldoende rechtsbescherming.

Met betrekking tot de opnemingsprocedure zijn naast de Wet bopz nog twee andere wettelijke regelingen relevant, te weten de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo), alsmede het op de AWBZ en Wet bopz gebaseerde Zorgindicatiebesluit. De Wet bopz komt in paragraaf 6.2 aan de orde. Daarbij wordt niet alleen ingegaan op de opnemingsprocedures, maar komt tevens de totstandkomingsgeschiedenis van deze wet aan de orde. Een bespreking hiervan is noodzakelijk, omdat de beweegredenen die hebben geleid tot het huidige systeem een beoordeling mogelijk maken van de praktijk inzake de opneming van psychogeriatrische patiënten in intramurale instellingen. Paragraaf 6.3 behandelt de zorgindicatie, alsmede de relatie van de hierbij van toepassing zijnde regelgeving met de Wet bopz. In 6.4 wordt dan ingegaan op de Wgbo die als juridisch kader geldt bij opnemingen op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is.

In paragraaf 6.5 volgt een bespreking van invulling van de procedures in de praktijk, waarna aansluitend een evaluatie van de wettelijke regelingen plaatsvindt. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

6.2 De Wet bopz

6.2.1 Inleiding

Het primaire doel van de Wet bopz is het bieden van waarborgen voor patiënten tegen onvrijwillige opnemingen die plaatsvinden zonder dat daar gegronde redenen voor zijn.³ Een psychiatrisch ziekenhuis wordt gedefinieerd als een door de Minister van VWS als psychiatrisch ziekenhuis, verpleeginrichting dan wel zwakzinnigeninrichting aangemerkte zorginstelling of afdeling daarvan, gericht op behandeling, verpleging en verblijf van personen die gestoord zijn in hun geestvermogens en mede geschikt voor de desbetreffende categorie van met toepassing van hoofdstuk VI⁴, of hoofdstuk VIII⁵ op-

³ Tezamen met de regels voor verlof en ontslag worden de voorschriften omtrent onvrijwillige opneming de regeling van de externe rechtspositie van psychiatrische patiënten in de Wet bopz genoemd. Zie onder andere Keurentjes, R.B.M., 2003. De verlof- en ontslagregelingen blijven in dit proefschrift buiten beschouwing. Ten aanzien van verlof geldt voor psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten die onvrijwillig in een verpleeginrichting of instelling voor verstandelijk gehandicaptenzorg verblijven, een afwijkende, sterk vereenvoudigde regeling (zie art. 45 en 46). De ontslagregeling is weliswaar ook in verpleeginrichtingen van toepassing, maar wordt in de praktijk nauwelijks bij psychogeriatrische patiënten gebruikt.

⁴ Mensen die onvrijwillig opgenomen zijn door middel van een rechterlijke machtiging of inbewaringstelling. Zie paragrafen 6.2.3 tot en met 6.2.3.5.

⁵ Psychogeriatrische patiënten of verstandelijk gehandicapten die door middel van een indicatiestelling zijn opgenomen. Zie paragraaf 6.2.5.

genomen personen (art. 1 lid 1 sub h bopz). Sinds december 1999 kunnen naast verpleeghuizen ook afdelingen van verzorgingshuizen als psychiatrisch ziekenhuis worden aangemerkt.⁶

De huidige opnemingsprocedures voor psychogeriatrische patiënten zijn via een lange weg tot stand gekomen. Het totstandkomingsproces wordt besproken in paragraaf 6.2.2. De Wet bopz kent zoals gezegd drie opnemingsprocedures die in de daaropvolgende subparagrafen nader uiteen worden gezet.

6.2.2 Totstandkomingsproces

De parlementaire geschiedenis laat zien dat het aanvankelijk niet de bedoeling was om psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten onder de reikwijdte van de Wet bopz te brengen. Aanvankelijk vrij geruisloos en zonder dat daar een uitgebreide motivatie voor wordt gegeven worden deze patiëntengroepen toch onder de werking van de wet gebracht. Sindsdien heeft het gegeven dat deze patiëntengroepen onder de Wet bopz vallen in de loop van de behandeling vanuit de Kamers, maar ook vanuit het veld, steeds nieuwe kritiek ondervonden. Daarop heeft het kabinet iedere keer gereageerd met aanpassingen van de regeling. Daarbij was het uitgangspunt dat beide sectoren omwille van de rechtsgelijkheid onder de werking van de wet moesten blijven. Pragmatische overwegingen leidden uiteindelijk toch tot verschillen in behandeling tussen deze sectoren en patiënten die in psychiatrische ziekenhuizen worden opgenomen. Hieronder volgt een overzicht van de ontwikkelingen.

6.2.2.1 Reikwijdte

In de oorspronkelijke opzet van de Wet bopz worden verpleeginrichtingen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg niet onder het begrip 'psychiatrisch ziekenhuis' verstaan. De reden hiervoor is dat deze instellingen aanvankelijk onvoldoende in staat worden geacht om zorg te bieden aan patiënten die ingevolge een rechterlijke uitspraak of een beschikking van de burgemeester moeten worden opgenomen. Het kabinet is van mening dat zorg aan deze patiënten moet worden geboden in voor het doel goed geoutilleerde inrichtingen en dat dit bij wet verzekerd moet zijn.⁷

In die eerste versie van het wetsvoorstel bopz worden psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten evenmin met name genoemd. Zij vallen wel onder de Wet bopz, maar alleen als zij door middel van een rechterlijke machtiging of een spoedprocedure via de burgemeester worden opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis. Het begrip 'psychiatrische ziekenhuizen' moet in dit verband in de enge betekenis worden opgevat. Dat houdt in dat hieronder slechts worden begrepen de algemene psychiatrische ziekenhuizen, alsmede de categorale ziekenhuizen die bestemd zijn voor of waarin men zich toelegt op de behandeling van patiënten met bepaalde geestelijke stoornissen.

In de nadere memorie van antwoord komt naar voren dat de regering verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten nadrukkelijk onder de Wet bopz wil brengen.⁸ Bij een verdere uitleg van het begrip 'stoornis' wordt aangegeven dat zwakzinnigheid en dementie eronder moeten worden begrepen. Ook bij de nadere uitleg van het begrip gevaar wordt met voorbeelden benadrukt dat deze patiëntengroepen gevaar kunnen opleveren voor zichzelf, voor anderen, of voor de algemene veiligheid van personen of goederen:

⁶ Ministerie Volksgezondheid Welzijn en Sport, 1999.

⁷ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 3, Vergaderjaar 1970-1971, p. 11.

⁸ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1978-1979, p. 13-14.

'Diepzwakzinnigen – idioten – komen bij ontbrekende of slechte verzorging spoedig in levensgevaar. Imbecielen verwaarlozen zichzelf als ze aan hun lot worden overgelaten en verkommeren snel. Demente personen kunnen – niet verzorgd zijnde – in gevaar komen door onvoorzichtigheid met gas en vuur, verwaarlozing en chaotisch gedrag in het verkeer.'⁹

Inmiddels luidt art. 1 lid 1 onder h¹⁰:

'psychiatrisch ziekenhuis of ziekenhuis:

1^o Een voor de toepassing van de Ziekenfondswet, of de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten als ziekenhuis, verpleeginrichting of zwakzinnigeninrichting erkende of aangewezen inrichting of afdeling daarvan, voor zover die inrichting of afdeling blijkens de erkenning of aanwijzing geschikt is voor alle of bepaalde categorieën van met toepassing van hoofdstuk VI, § 1, opgenomen psychiatrische patiënten;

2^o. Een psychiatrische afdeling van een academisch ziekenhuis.'

Daarmee blijft de reikwijdte van de wet niet meer beperkt tot de oorspronkelijke ziekenhuissetting met medisch specialisten, maar worden ook instellingen die meer een verplegend karakter hebben onder de werking van de wet gebracht. Voor deze verandering, die zich aanvankelijk geruisloos voltrekt, wordt geen nadere onderbouwing gegeven.¹¹ Pas tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer wordt duidelijk verwoord dat ook opnemings- en opvanginrichtingen en psychogeriatrische verpleeghuizen met een machtiging zal moeten geschieden.

De aanpassing brengt tevens met zich mee dat op enkele plaatsen in de wet niet meer gesproken wordt van 'arts', maar van 'voor de behandeling verantwoordelijke persoon', nu ook zwakzinnigeninrichtingen als psychiatrisch ziekenhuis zijn aan te merken en de verantwoordelijkheid voor de behandeling daar niet altijd bij een arts berust.¹²

6.2.2.2 *Bezwaren tegen psychogeriatric onder reikwijdte Wet bopz*

Pas in het Eindverslag worden door D'66 naar aanleiding van een publicatie in Medisch Contact¹³ vragen gesteld over het feit dat de Wet bopz ook van toepassing zal zijn op psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten. Voorgesteld wordt om een aparte regeling te ontwerpen voor demente bejaarden.¹⁴ De regering heeft echter bezwaar tegen een dergelijke regeling, omdat de Wet bopz ook voor psychogeriatrische patiënten een nuttige en belangrijke functie kan hebben.¹⁵

Na een reeks amendementen en nog drie wijzigingen van het wetsvoorstel wordt in november 1983 het vijfde en definitieve voorstel door de Tweede Kamer goedgekeurd.¹⁶ Wanneer het voorstel echter wordt voorgelegd aan de Eerste Kamer, uiten alle partijen in het voorlopig verslag forse kritiek op het gegeven dat verstandelijk gehandicapten en

⁹ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1978-1979, p. 17.

¹⁰ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1979-1980, p. 1. Deze bepaling treedt in de plaats van het oorspronkelijke art. 1.1 d.

¹¹ Dezelfde constatering doen Frijlink, A. en T.A.M. Braake, te, 1990, p. 956.

¹² Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1979-1980, p. 37-38.

¹³ Offerhaus, R.E., 1980, p. 496 Hij vindt dat opnemings- en opvanginrichtingen van dementerenden via de Wet bopz niet op zijn plaats is in een wet die gericht is op bescherming van patiënten die lijden aan herstelbare stoornissen. Dementie is immers, zo stelt hij, in wezen een onbehandelbare verouderings- of ongevalsstoornis. Hij stelt voor om voor psychogeriatrische patiënten een apart statuut te ontwerpen.

¹⁴ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 16, Vergaderjaar 1980-1981, p. 13-14.

¹⁵ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 17, Vergaderjaar 1980-1981, p. 32-33.

¹⁶ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nrs. 14-167, Vergaderjaar 1983-1984.

psychogeriatrische patiënten onder de wet vallen.¹⁷ Daarbij worden de volgende punten aangedragen:

1. Gekozen is voor een beperkt wetsvoorstel dat slechts een deel van de intramurale zorg bestrijkt, in plaats van een wet op de geestelijke volksgezondheid, waarin ook de extramurale kant aan de orde komt. Dit laatste past volgens sommigen beter in de ontwikkeling van de psychiatrie, die duidelijke verschuivingen te zien geeft waarbij ook de grens tussen intra- en extramurale zorg hier en daar zou vervagen.
2. Als gevolg van de vele onvrijwillige opnemingen die nodig zullen zijn, ontstaan mogelijk grote organisatorische problemen. De werkdruk zal niet alleen toenemen bij zwakzinnigeninrichtingen en psychogeriatrische verpleeghuizen, maar ook bij de rechterlijke macht. Daar zal de begroting volkomen ontoereikend zijn. De wet is met betrekking tot psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten van toepassing op een veelvoud van het aantal patiënten dat in algemene psychiatrische ziekenhuizen wordt opgenomen. Voor deze laatste groep is de wet oorspronkelijk geschreven en het is dan merkwaardig dat het zwaartepunt van de wet bij opneming en verblijf in verpleeghuizen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg komt te liggen.
3. Opneming van een verstandelijk gehandicapte of een demente bejaarde in de Wet bopz slechts mogelijk is als de rechter 'gevaar' kan of wil construeren. In veel gevallen is echter niet het gevaarscriterium het belangrijkste motief, maar hulpbehoevendheid en de onmogelijkheid die hulp nog langer in het oorspronkelijk milieu aan te bieden.
4. In de discussies rondom de Wet bopz was sprake van drie mogelijke criteria, te weten het behandelingscriterium dat van medische zijde werd benadrukt, het persoonlijke vrijheidscriterium dat van de kant van de patiëntenbeweging werd benadrukt, en het veiligheids- of gevaarscriterium. Met name het derde criterium overweegt in de Wet bopz, met correcties vanuit het vrijheidscriterium. Men vraagt zich af of het wetsvoorstel wel een evenwichtige afweging biedt van deze criteria.
5. Noch schriftelijk noch mondeling is een duidelijke verklaring gegeven waarom psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten onder de Wet bopz zouden moeten vallen. Gewezen wordt op het feit dat de Wet bopz niet is toegesneden op deze twee groepen chronische patiënten. Er bestaan ingrijpende verschillen tussen diep-zwakzinnigen en dementen, en patiënten die in algemene psychiatrische ziekenhuizen worden opgenomen. Ook wordt de conclusie van Krul-Steketee¹⁸ onderschreven dat zwakzinnigen in een inrichting weliswaar onvoldoende rechtsbescherming genieten, maar dat de Wet bopz niet het geschikte middel is om hen die rechtsbescherming te geven. Bij de opstelling van de wet is bovendien nagelaten mensen uit het veld van de zwakzinnigenzorg te raadplegen. Voor psychogeriatrische patiënten geldt in beginsel hetzelfde. Ook hier gaat het om chronische patiënten. Reden van opname bij hen is niet de diagnose, noch het gedrag. Bij hen gaat het om een falend systeem van mantelzorg.
6. Een aantal kamerleden doet de suggestie dat vervangende toestemming van een door de rechter benoemde mentor toepassing van de Wet bopz op dementen en zwakzinnigen in principe overbodig zou kunnen maken.

6.2.2.3 Bopz-novelle

Naar aanleiding van de reacties van de Eerste Kamer, de hierboven genoemde kritiek van Krul-Steketee, maar ook van kritische kanttekeningen vanuit het veld komt de rege-

¹⁷ Handelingen Eerste Kamer, Vergaderjaar 1984-1985.

¹⁸ Krul-Steketee, J., 1984.

ring op 21 juli 1989 met een wijzigingsvoorstel van de Wet bopz, de zogeheten bopz-novelle.¹⁹ De belangrijkste wijziging is art. 3, waarin wordt aangegeven dat een rechterlijke machtiging bij een opnemng in een zwakzinnigen- of verpleeginrichting uitsluitend is vereist als de betrokkene bezwaar heeft tegen opnemng. In lid 2 wordt vermeld dat bij of krachtens AMvB regels worden gesteld met betrekking tot opnemng en verblijf in deze inrichtingen, als de betrokkene noch bereidheid noch bezwaar ter zake van opnemng en verblijf toont en twaalf jaar of ouder is.

Uit de memorie van toelichting komt naar voren dat de belangrijkste reden voor de wijziging de werklastermeerdering is die het oorspronkelijke voorstel voor de rechterlijke macht met zich meebrengt.²⁰

Behalve bovengenoemde wijziging wordt ook overwogen om zwakzinnigeninrichtingen en psychogeriatrische verpleeginrichtingen geheel buiten het toepassingsbereik van de Wet bopz te brengen. Hiervan ziet men echter af vanwege de overweging dat opnemng in een inrichting onder bepaalde omstandigheden een inbreuk op het door de Grondwet gewaarborgde recht op fysieke vrijheid betekent.

'De waarborg gelegen in de rechterlijke controle, dient in die gevallen op grond van art. 15 lid 2 GW en art 5 lid 4 Evrm in acht te worden genomen. Hieruit vloeit voort dat noch het toekennen van een verregaande bevoegdheid aan de mentor op grond waarvan deze in plaats van de zwakzinnige of psychogeriatrische patiënt toestemming zou kunnen geven tot opnemng in een inrichting, noch het geheel uitzonderen van zwakzinnigeninrichtingen en psychogeriatrische verpleeghuizen van het regime in aanmerking komt.'²¹

De rechterlijke machtiging blijft bij psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten uitsluitend nog vereist indien bezwaar wordt gemaakt tegen opnemng. Ook is een rechterlijke machtiging in alle gevallen geïndiceerd bij een onvrijwillige opnemng in een psychiatrisch ziekenhuis (APZ of categoriaal).²² Een andere belangrijke wijziging die wordt doorgevoerd is de mogelijkheid dat door de rechter een machtiging kan worden afgegeven voor een door hem bepaalde of voor onbepaalde tijd, wanneer volgens hem geen verbetering valt te verwachten. Bij psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten is dit volgens de memorie van toelichting veelal het geval.²³ Voor de groep psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten die geen blijk geven van bereidheid, noch van bezwaar tegen opnemng in een verpleeg- of zwakzinnigeninrichting – ook wel de gbgg-groep genoemd – moet een algemene maatregel van bestuur regels stellen ten behoeve van de opnemng.

Verskillende partijen bekritiseren het feit dat getornd wordt aan de rechtsbescherming vanwege de hoge kosten die het oorspronkelijke voorstel met zich meebrengt. Inhoudelijk richt de kritiek zich op de vraag of er geen rechtsongelijkheid wordt gecreëerd tussen psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten enerzijds en psychiatrische patiënten die geen bereidheid, noch bezwaar tonen tegen opnemng anderzijds. Een ander punt van aandacht is of de psychogeriatric en verstandelijk gehandicapten-

¹⁹ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nrs. 1-2, Vergaderjaar 1988-1989.

²⁰ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 3, Vergaderjaar 1988-1989, p. 1-3. Volgens de berekening zou de bestaande werklaster voor de rechterlijke macht, ongeveer 5.600 beslissingen, vermeerderen met 39.300 beslissingen per jaar. Zie Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 4, Vergaderjaar 1988-1989, p. 1-4.

²¹ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 3, Vergaderjaar 1988-1989, p. 3.

²² Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 3, Vergaderjaar 1988-1989, p. 3-4.

²³ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 3, Vergaderjaar 1988-1989, p. 4-5.

zorg niet geheel buiten de werking van de wet zouden kunnen worden geplaatst. De rechtspositie zou dan bijvoorbeeld kunnen worden gewaarborgd door een goede vertegenwoordigingsregeling, zowel voor mensen die zijn opgenomen en als voor hen voor wie dat nog niet het geval is. Een derde kanttekening betreft een bezwaar tegen de rechterlijke machtiging voor onbepaalde duur die voor psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten kan gelden.²⁴

Naar aanleiding van de kritiek dat aan de rechtsbescherming van psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten wordt getornd buigt de regering zich nogmaals over de regeling. Bij de memorie van antwoord worden daarom een aantal aanpassingen voorgesteld die de rechtsbescherming beter moeten waarborgen.

Uitgebreid wordt ingegaan op de vraag hoe het bezwaarcriterium, dat bij de rechterlijke machtiging geldt, zich verhoudt tot art. 15 GW en art. 5 lid 4 Evrm. In deze bepalingen is het recht op toegang tot de rechter vastgelegd. Aan dit vereiste wordt voldaan indien rechterlijke tussenkomst is verzekerd in de gevallen dat de betrokkene zich tot de rechter wil wenden. Het bezwaarcriterium, dat tot dan in Nederland wordt gehanteerd in dit verband, is aanvaard door het Europese Hof van de Rechten van de Mens.²⁵ Benaadrukt wordt dat toegang tot de rechter zoals dat in art. 5 lid 4 Evrm wordt voorgehouden geen automatische tussenkomst van de rechter inhoudt. Toegang tot de rechter betekent dat de betrokkene door de rechter moet worden gehoord, indien hij dit wenst. Het huidige in de Wet bopz vastgelegde criterium is ruimer: iedereen heeft toegang tot de rechter indien hij geen blijk geeft van de nodige bereidheid. Bij nadere bestudering is deze uitbreiding volgens de regering alleen zinvol ten aanzien van personen die in staat zijn tot communicatie. Daarom stelt de regering voor ten behoeve van psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten die worden opgenomen in een verpleeg-inrichting of instelling voor verstandelijk gehandicaptenzorg uitsluitend een bezwaarcriterium te hanteren. Voor patiënten die zich niet verzetten tegen opneming is dan geen rechterlijke machtiging vereist.

Nadrukkelijk wordt overwogen dat voor het maken van bezwaar geen vormvereiste geldt. 'Bepalend is slechts of de betrokkene op enigerlei wijze tot uitdrukking brengt dat hij bezwaar tegen de opneming en het verblijf in de inrichting heeft. Dit tot uitdrukking brengen kan ook op non-verbale wijze geschieden.' De indicatiecommissies hebben de taak 'dit bezwaar alsnog te kunnen signaleren en er op te wijzen dat een verzoek, gericht op het verkrijgen van een machtiging bij de officier van justitie moet worden ingediend.'²⁶ Voorts moet de Inspectie erop toezien dat in zwakzinnigeninrichtingen of verpleeginrichtingen geen personen verblijven die bezwaar maken tegen opneming, zonder dat daarvoor een rechterlijke machtiging is aangevraagd.

Onderkend wordt dat patiënten die geen blijk geven van de nodige bereidheid tot opneming maar zich daar ook niet tegen verzetten eveneens rechtsbescherming behoeven. Daartoe worden bij wet indicatiecommissies aangewezen – dat wil zeggen 'niet aan de inrichting gebonden commissies van personen die op het terrein van de maatschappelijke en medische zorg voor verstandelijk zwakzinnigen onderscheidenlijk psychogeriatrische patiënten deskundig zijn' – die de noodzaak voor opneming voor de gbgg-groep in de twee sectoren moeten gaan beoordelen.²⁷

²⁴ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 5, Vergaderjaar 1989-1990.

²⁵ Winterwerp, EHRM 24-10-'79, NJ 114, 1980.

²⁶ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 7, Vergaderjaar 1990-1991, p. 6.

²⁷ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 6, Vergaderjaar 1990-1991, p. 3.

Verder wordt ten behoeve van de opnemingsprocedure in verpleeginrichtingen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg het handhavingscriterium geïntroduceerd. Het gevaar schuilt bij psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten vooral in het onvermogen van de patiënt zich zelf te verzorgen, waardoor hij zich niet buiten de inrichting kan handhaven, aldus de memorie van antwoord.²⁸

Over de suggestie dat een mentor de beslissingsbevoegdheid zou kunnen krijgen inzake opneming in een zwakzinnigeninrichting van verstandelijk gehandicapten en eventueel ook van psychogeriatrische patiënten in een verpleeginrichting wordt opgemerkt, dat de beslissingsbevoegdheid van een mentor een rechterlijk oordeel in ieder geval niet kan vervangen als iemand bezwaar maakt tegen opneming. Dan zou niet worden voldaan aan art. 5 lid 4 Evrm en art. 15 lid 2 GW. Het kabinet overweegt over de gbgg-groep:

'Omstandigheden waaronder sprake zal zijn van beperking van de fysieke vrijheid zullen zich voordoen indien met het oog op de veiligheid van de patiënt of van anderen zijn bewegingsvrijheid moet worden beperkt. Omdat deze situaties zich ten aanzien van een deel van de populaties in zwakzinnigeninrichtingen en verpleeginrichtingen voordoen, dient met betrekking tot de opneming in deze inrichtingen te worden voldaan aan het vereiste van een regeling bij of krachtens de wet, neergelegd in art. 15 eerste lid van de Grondwet, en artikel 5, eerste lid, van het Verdrag. Artikel 3, tweede tot en met vijfde lid (artikel 58 a nieuw) [thans art. 60 - LA], legt de basis voor een zodanige regeling.'

Een verdere onderbouwing voor de nieuwe regeling is:

- Art. 15 lid 1 GW verplicht niet tot een rechterlijk bevel tot vrijheidsbeneming;
- In casu moet sprake zijn van een geestelijke stoornis ('the lawful detention (...) of persons of unsound mind' art. 5 lid 1 Evrm onder e)
- De beoordeling moet worden uitgevoerd door een onafhankelijk orgaan, maar dit hoeft geen rechter te zijn²⁹
- Een vrijheidsbeneming is rechtmatig als er overeenstemming met de wet is en het doel van de bij die wet toegestane beperkingen van de vrijheid.
- Afgezien van noodsituaties mag de betrokkene niet van zijn vrijheid worden beroofd, 'unless he has been reliably shown to be of 'unsound mind' en dit betekent dat dit via 'objective medical expertise' moet worden vastgesteld.³⁰

De procedure voor de gbgg-groep in instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg en verpleeghuizen doet volgens de regering qua rechtsbescherming niet onder voor het rechterlijke oordeel. Voor een andere regeling in psychiatrische ziekenhuizen is gekozen, omdat hier soms niet duidelijk zal zijn welk ziektebeeld voor de opneming bepalend is. Dit zou tot onzekerheid leiden indien met betrekking tot de vraag of al dan niet een rechterlijke machtiging aangevraagd moet worden, men steeds een keuze zou moeten maken of de stoornis die leidt tot opneming 'verband houdt met zwakzinnigheid of een psychogeriatrische aandoening, dan wel met een andere geestesstoornis'. De voorgestelde regeling vindt haar rechtvaardiging in het oogmerk deze onzekerheid te vermijden.

²⁸ Zie ook Handelingen Eerste Kamer, Vergaderjaar 1992-1993, p. 3 waarin wordt uitgelegd dat het handhavingscriterium een toespitsing van het gevaarscriterium is. Het gevaar bestaat hierin dat deze patiënten zonder de zorg van de inrichting zouden verkommeren.

²⁹ Winterwerp, EHRM 24-10-'79, NJ 114, 1980 par. 45 en 55.

³⁰ Winterwerp, EHRM 24-10-'79, NJ 114, 1980 par. 39.

In de memorie van antwoord wordt erkend dat een rechterlijke machtiging voor onbepaalde duur te weinig rechtsbescherming biedt. Daarom wordt bij nota van wijziging de werking van de machtiging voor beide patiëntengroepen in verpleeginrichtingen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg teruggebracht tot maximaal vijf jaar. Daarbij wordt onder meer overwogen:

'De verzorging, verpleging en behandeling in een zwakzinnigeninrichting en een verpleeginrichting is er op gericht de patiënt te stimuleren tot geestelijke en lichamelijke activiteit, opdat zijn geestestoestand zo mogelijk verbeterd en in elk geval niet of zo min mogelijk achteruitgaat. Wij menen dat onder deze omstandigheden geen aanleiding bestaat voor de vrees, geuit door de leden van de fractie van D66, dat voor de hier bedoelde patiënten een machtiging met een langere geldigheidsduur een ongunstige uitwerking op de behandeling zal hebben.'³¹

Tot slot gaat de regering bij de artikelsgewijze toelichting in op de taakomschrijving van indicatiecommissies voor opname in een bejaardenoord of verpleeginrichting (thans het RIO), op basis van het Besluit indicatie-advisering bejaardenoord en verpleeginrichtingen:

'Het besluit (...) bevat regels omtrent de wijze waarop ten aanzien van degenen van wie wordt aangenomen dat zij op een van deze voorzieningen zijn aangewezen, wordt onderzocht of opneming in een dergelijke voorziening daadwerkelijk noodzakelijk is. Voor opname in een bejaardenoord of verpleeginrichting is een daartoe strekkend advies van de indicatiecommissie voorwaarde. De algemene maatregel van bestuur, bedoeld in art. 3, tweede lid (art. 58a, tweede lid, nieuw) die overigens ook betrekking heeft op opneming in een zwakzinnigeninrichting, dient vanuit een andere invalshoek een vergelijkbaar doel. Bij die regeling wordt de procedure vastgesteld waarin op basis van objectieve medische deskundigheid wordt beoordeeld of iemand ten gevolge van een stoornis van zijn geestvermogens niet in staat is zich te handhaven buiten een verpleeginrichting of zwakzinnigeninrichting of anderszins gevaar veroorzaakt, zodat opneming noodzakelijk is. Opneming is slechts mogelijk indien de commissie de noodzaak daartoe heeft vastgesteld.'³²

Daarom wordt voorgesteld deze indicatiecommissies de taken uit beide regelingen te laten combineren. Voor de verstandelijk gehandicaptenzorg moeten speciale indicatiecommissies worden opgericht.³³

Bij het eindverslag wordt vanuit de Kamer de vraag opgeworpen welke waarborgen er zijn dat bijvoorbeeld bij een overduidelijke indicatie van een zwaar gedragsgestoorde psychogeriatrische patiënt die blijk geeft van bezwaar, maar waarbij het overduidelijk is dat betrokkene absoluut niet in staat is tot een redelijke waardering van de eigen situatie, desalniettemin een rechterlijke machtiging zal worden gevraagd. Als het verzet wordt genegeerd, wordt niet voldaan aan art. 15 lid GW en art. 4 lid 4 Evrm. Ook wil men weten hoe en door wie na daadwerkelijke opname wordt beoordeeld of blijk wordt gegeven van bezwaar tegen het gedwongen verblijf.³⁴

³¹ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 7, Vergaderjaar 1990-1991, p. 8. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft in de Winterwerp-zaak geoordeeld dat een periodieke herbeoordeling van de noodzaak tot vrijheidsbeneming in verband met een geestesstoornis moet plaatsvinden, maar dat de frequentie daarvan mag worden beperkt. Winterwerp, EHRM 24-10-'79, NJ 114, 1980.

³² Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 7, Vergaderjaar 1990-1991, p. 14.

³³ Kritiek op de onafhankelijkheid van deze commissies wordt geuit door Frijlink, A. en T.A.M. Braake, te, 1990, p. 958.

³⁴ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 8, Vergaderjaar 1990-1991, p. 3-5.

In de nota naar aanleiding van het eindverslag wordt gesteld dat de patiënt steeds schriftelijk op de hoogte moet worden gesteld van het feit dat hij bezwaar kan maken tegen opnemng. Ook de indicatiecommissie zal dit moeten doen. In alle gevallen geldt dat bij bezwaar een rechterlijke machtiging is vereist.³⁵

Tevens wordt in de Kamer de vraag gesteld waarom psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten in psychiatrische ziekenhuizen niet ook langs de weg van de indicatiecommissie kunnen worden opgenomen. De regering meent in antwoord hierop dat het eenvoudige criterium, te weten de categorie waartoe de inrichting behoort, niet zomaar vervangen kan worden door een criterium dat noopt tot een indeling in categorieën van patiënten. 'Een dergelijke indeling zal aanleiding geven tot meningsverschillen onder deskundigen en diengevolge tot onzekerheid over de vraag of al dan niet een rechtelijke machtiging is vereist.'³⁶

In de tweede nota van wijziging wordt het systeem van aangemerkte instellingen geïntroduceerd, vanwege de voorgenomen wijzigingen van het erkenningstelsel van de AWBZ. Aangemerkt zullen worden zorginstellingen die gericht zijn op en geschikt zijn voor de opvang van bopz-patiënten. Daarmee worden geen andere instellingen bedoeld dan die onder de oorspronkelijke omschrijving vielen: psychogeriatrische afdelingen van verpleeginrichtingen, psychiatrische ziekenhuizen, psychiatrische afdelingen van algemene en academische ziekenhuizen en zwakzinnigeninrichtingen.³⁷

Ook tijdens de behandeling in de Eerste Kamer blijven vragen bestaan met betrekking tot het feit dat de Wet bopz van toepassing blijft in verpleeginrichtingen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg. Staatssecretaris Simons van WVC betoogt in antwoord hierop dat men er in de kritiek ten onrechte vanuit gaat dat ten aanzien van degenen die ingevolge een beslissing van een indicatiecommissie zijn opgenomen, nooit van vrijheidsbeneming sprake zal zijn. Hij stelt dat deze patiënten in verband met het gevaar dat zij ingevolge de stoornis van de geestvermogens veroorzaken nogal eens moeten worden beperkt in hun bewegingsvrijheid,³⁸ zodat sprake zal kunnen zijn van vrijheidsbeneming. Door aanwijzing van de instantie die bevoegd is te beslissen over opnemng, wordt voldaan aan art. 15 lid 1 GW en art. 5 lid 1 Evrm. Volgens de staatssecretaris is een direct bevel van de rechter in deze niet nodig. Wel dient toegang tot de rechter gewaarborgd te zijn. Mede vanwege het feit dat van vrijheidsbeneming sprake kan zijn acht hij het noodzakelijk dat de interne rechtspositieregeling van de Wet bopz van overeenkomstige toepassing is op patiënten die door een beslissing van een indicatiecommissie zijn opgenomen.

Verder geeft de staatssecretaris aan wanneer bij patiënten met een bopz-indicatie ingeval van dwangbehandeling een rechterlijke machtiging aangevraagd dient te worden. Hij stelt dat als een zich tegen een behandeling verzettende patiënt er blijk van geeft het verblijf in de inrichting te willen beëindigen, een rechterlijke machtiging nodig is. Verzet hij zich echter uitsluitend tegen de dwangmiddelen, dan kan hij daartegen een klacht indienen op grond van art. 41 bopz en zich in dat geval zonodig tot de rechter wenden.³⁹

³⁵ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 9, Vergaderjaar 1990-1991, p. 2.

³⁶ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 9, Vergaderjaar 1990-1991, p. 3.

³⁷ Handelingen Eerste Kamer, Vergaderjaar 1992-1993, p. 2.

³⁸ Zie hierover ook de memorie van toelichting, Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 3, Vergaderjaar 1989-1990, p. 4 en de memorie van antwoord, Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 6, Vergaderjaar 1990-1991, p. 5.

³⁹ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 20, Vergaderjaar 1991-1992, p. 4.

Uit een brief van de staatssecretaris van WVC en de minister van justitie, gedateerd op 28 november 1991 blijkt dat indien een patiënt zich feitelijk verzet tegen een beperking in zijn bewegingsvrijheid in en rond het ziekenhuis, daaruit soms moet worden afgeleid dat de patiënt het verblijf in de inrichting wil beëindigen en dat dus een machtiging is vereist.⁴⁰ Met deze brief reageren de staatssecretaris en minister op twee amendementen, respectievelijk van Kohnstamm en van Middelkoop, Terpstra en Van der Heijden.⁴¹ In beide amendementen wordt voorgesteld het gebruik van (dwang)middelen en maatregelen te beperken tot noodsituaties. Ten behoeve van dwangbehandeling wordt het dan noodzakelijk om een rechterlijke machtiging te vragen. De minister en staatssecretaris achten het echter niet wenselijk om op dit punt een onderscheid te maken tussen patiënten die met een rechterlijke machtiging en patiënten die door middel van een indicatie opgenomen zijn. In de eerste plaats vragen zij zich af of dit feitelijk mogelijk is. Daarnaast werpen zij de vraag op waarom dan bij patiënten met een indicatie bij een toepassing van dwangbehandeling vooraf toetsing daarvan van de rechter nodig is, terwijl bij patiënten die door middel van een machtiging zijn opgenomen de noodzaak van een dwangbehandeling achteraf in een klachtenprocedure wordt getoetst.

Om extra bescherming te bieden aan patiënten die door middel van een indicatie zijn opgenomen, alsook aan patiënten met een rechterlijke machtiging die niet in staat zijn te klagen tegen toepassing van (dwang)middelen en maatregelen wordt bij de vierde nota van wijziging een art. 41 a (thans art. 42) voorgesteld, waarin de inspecteur de mogelijkheid krijgt zelfstandig een uitspraak van de rechter te verkrijgen over de noodzaak een behandeling toe te passen waartegen de patiënt zich verzet. Daartoe moet de geneesheer-directeur bij de melding van dwangbehandeling steeds aangeven of de patiënt in staat kan worden geacht hierover een klacht in te dienen.

6.2.2.4 Conclusie

In het voorgaande is naar voren gekomen dat hoewel psychogeriatrische patiënten in de oorspronkelijke opzet van de Wet bopz niet tot de doelgroep behoorden, zij uiteindelijk toch weloverwogen onder de werking van de wet zijn gebracht. Het gegeven dat de consequentie hiervan zou zijn dat de rechter een enorme toeloop van aanvragen voor een rechterlijke machtiging zou krijgen, leidde ertoe dat de wet nog voordat zij werd ingevoerd ingrijpend is aangepast. De voornaamste verandering betrof de introductie van de indicatieprocedure voor de gbgb-patiënten; een procedure die uitsluitend van kracht is voor opneming in verpleeginrichtingen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg. Nadrukkelijk werd in het totstandkomingsproces de mogelijkheid verworpen om opneming plaats te laten vinden via een vertegenwoordiger. Dit werd niet mogelijk geacht vanwege het gegeven dat ook een opneming van patiënten die onder de gbgb-categorie vallen, onder omstandigheden als vrijheidsbeneming kan worden gekwalificeerd en wel wanneer vrijheidsbeperkingen plaatsvinden. Met de nieuwe procedure werd een zelfde mate van rechtsbescherming beoogd als de rechterlijke machtiging.

6.2.3 Rechterlijke machtiging

Hiervoor werd ingegaan op de wordingsgeschiedenis. In de volgende onderdelen zullen de verschillende opnemingsprocedures van de Wet bopz aan de orde komen. De eerste die wordt behandeld is de rechterlijke machtiging (RM). De term 'rechterlijke machtiging' is een verzamelnaam voor verschillende machtigingsprocedures waarbij de

⁴⁰ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 24, Vergaderjaar 1991-1992, p. 5-6.

⁴¹ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 22, Vergaderjaar 1991-1992 en Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 23, Vergaderjaar 1991-1992.

rechter oordeelt of een onvrijwillige opneming is geïndiceerd. Sinds 1 januari 2004 onderscheidt de wet de volgende procedures: de voorlopige machtiging (artt. 2-14) de voorwaardelijke machtiging (artt. 14a-14g), de machtiging tot voortgezet verblijf (artt. 15-19), de machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling (artt. 27-31) en de machtiging op eigen verzoek (artt. 32-34). In de nabije toekomst wordt daar nog de observatiemachtiging aan toegevoegd (artt. 14h-14i). In deze paragraaf volgt een overzicht van de verschillende vormen. De machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling wordt in paragraaf 6.2.4 besproken.

6.2.3.1 Voorlopige machtiging

Een voorlopige machtiging kan worden afgegeven voor psychogeriatrische patiënten die geen blijk geven van de nodige bereidheid tot opneming of verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis⁴² (art. 2 lid 3 sub a bopz). De geestelijke stoornis doet de betrokkene gevaar⁴³ veroorzaken: er moet dus een causaal verband zijn tussen de stoornis en het gevaar. Verder dient het gevaar niet door tussenkomst van personen of instellingen buiten een psychiatrisch ziekenhuis te kunnen worden afgewend (art. 2 lid 2 bopz).

Bij een aanvraag voor een voorlopige machtiging teneinde psychogeriatrische patiënten in verpleeginrichtingen op te nemen, dient in tegenstelling tot bij psychiatrische ziekenhuizen niet te worden onderzocht of de patiënt geen blijk geeft van de nodige bereidheid tot opneming, maar uitsluitend of de patiënt zich verzet (zie art. 3 bopz). Dit heeft te maken met de hierna te behandelen indicatieprocedure voor patiënten die geen bereidheid tonen voor de opneming, maar zich daar ook niet tegen verzetten.

De rechter heeft zich dikwijls over het criterium 'het ontbreken van de nodige bereidheid' uitgesproken in relatie tot vrijwillig opgenomen psychiatrische patiënten die bepaalde behandelingen of toepassingen van vrijheidsbeperking weigerden. De reden daarvoor is gelegen in het feit dat na de invoering van de Wet bopz al snel bleek dat instellingen en behandelaars niet goed raad wisten met de vraag of dwangbehandeling op plaatsen waar de Wet bopz niet geldt is toegestaan.⁴⁴ Dwangbehandeling wordt kenne-

⁴² In deze context dient onder psychiatrisch ziekenhuis, uitsluitend een psychiatrisch ziekenhuis in enge zin te worden verstaan; dus niet de andere door de Wet bopz als psychiatrisch ziekenhuis aangemerkte instellingen, te weten de verpleeginrichtingen en de zwakzinnigeninrichtingen.

⁴³ Onder gevaar verstaat de wet in de eerste plaats gevaar voor de persoon zelf, onder meer bestaande uit het gevaar dat betrokkene zich van het leven zal beroven of zichzelf ernstig lichamelijk letsel zal toebrengen; het gevaar dat betrokkene maatschappelijk te gronde gaat; het gevaar dat betrokkene zichzelf in ernstige mate zal verwaarlozen, en het gevaar dat betrokkene met hinderlijk gedrag agressie van anderen zal oproepen. In de tweede plaats kan het gevaar bestaan voor anderen. De wet geeft als voorbeelden het gevaar dat betrokkene een ander van het leven zal beroven of hem ernstig lichamelijk letsel zal toebrengen; het gevaar voor de psychische gezondheid van een ander en het gevaar dat betrokkene een ander, die aan zijn zorg is toevertrouwd, zal verwaarlozen. In de derde plaats kan het gevaar volgens de wet bestaan uit gevaar voor de algemene veiligheid van personen of goederen. Zie art. 1 lid 1 sub f bopz. Verschillende auteurs hebben uitgebreid geschreven over het gevaarscriterium. Ik noem onder andere: Dijkers, W.J.A.M., 1999, Ginneken, P.P.J.N., van, 1993, Boven, J.J.A., van, 2003, Keurentjes, R.B.M., 2003.

⁴⁴ Dat ook rechters met deze materie worstelen blijkt uit jurisprudentie waarin de rechter een voorlopige machtiging toewijst ten behoeve van opneming van patiënten die vanuit hun psychiatrische of dementiële stoornis een somatische behandeling weigeren. Zie onder andere Rb. Middelburg, 18-3-'03, BJ 56, 2003, Rb. Amsterdam, 13-11-'02, BJ 49, 2003, Rb.

lijk niet meer geoorloofd geacht als er geen geldige juridische verblijfstitel is.⁴⁵ Velen vragen daarom een machtiging aan voor patiënten die weliswaar vrijwillig binnen de instelling verblijven maar weigeren om aan een behandeling mee te werken, dan wel zich verzetten bij de uitvoering van een behandeling.⁴⁶

De uitspraken laten zien dat rechters eveneens met de materie worstelen: de overwegingen zijn weinig eenduidig. Desondanks valt het volgende op. De meest fundamentele uitspraken, waarbij de rechter een machtiging wegens dwangbehandeling afwijst, zijn vooral de oudere. De afwijzing gebeurt hier omdat de rechter de reden voor aanvraag in strijd acht met de bedoeling van de Wet bopz. De rechter wordt immers uitsluitend gevraagd zich over dwangopneming uit te spreken. De laatste drie jaren is deze categorie uitspraken niet meer aangetroffen.⁴⁷

Bij een aantal zaken waarin een vordering voor een rechterlijke machtiging teneinde dwangbehandeling mogelijk te maken wordt toegewezen, overweegt de rechter dat er een grond is voor toewijzing omdat er naast de weigering voor de behandeling steeds bijkomende omstandigheden zijn. Ook de Hoge Raad keurt deze zienswijze niet af.⁴⁸

In enkele uitspraken wordt wel uitsluitend vanwege het feit dat een behandeling door de patiënt afgewezen een machtiging verleend. Hierbij overweegt de rechter echter uitdrukkelijk dat de uitspraak geen oordeel bevat over de vraag of de dwangbehandeling zelf geoorloofd is. Ook deze uitleg lijkt niet door de Hoge Raad te worden afgewezen.⁴⁹

Een vierde categorie is de reeks uitspraken waarin een zogeheten dubbele toetsing wordt uitgevoerd. Voor deze toetsing werd de suggestie aan de hand gedaan door T.P. Widdershoven, in een noot bij een vonnis van de rechtbank Zutphen. Deze houdt in dat ten behoeve van een rechterlijke machtiging die wordt aangevraagd om dwangbehandeling toe te kunnen passen, niet alleen getoetst wordt aan het gevaarscriterium van art.

Amsterdam, 23-1-'03, BJ 50, 2003 met noot van J.C.J. Dute, Rb. Amsterdam, 13-2-'01, BJ 39, 2001 met noot van J.K.M. Gevers en Rb. 's-Hertogenbosch, 11-9-'00, BJ 29, 2001 met noot van R. de Roode. De Roode is van mening dat eventueel noodzakelijke maatregelen als fixatie in het kader van art. 7:465 lid 6 BW niet toelaatbaar zijn, en vindt dat dwangtoepassing beter in het kader van de Wet bopz kan plaatsvinden, ook al is dit enigszins oneigenlijk. Gevers vindt dat de Wet bopz pas moet worden ingezet, als art. 7:465 lid 6 BW niet kan worden aangewend. Hij vindt bovendien dat de Wgbo niet per se minder waarborgen biedt dan de Wet bopz. Dute is het hiermee eens, en is daarenboven de mening toegedaan dat de Wet bopz niet bedoeld is voor het afdwingen van somatische behandelingen en daarvoor ook niet gebruikt dient te worden. Ook vindt hij dat art. 7:465 lid 6 BW voldoende grondslag biedt om, binnen zekere grenzen, fysieke dwang toe te passen.

⁴⁵ De Wet bopz opent niet automatisch de mogelijkheid tot dwangbehandeling na vrijwillige opneming. Daartoe moeten speciale gronden aanwezig zijn. Artt. 38 en 39 bopz die dwangbehandeling mogelijk maken, zijn ingevoerd ter bescherming van de rechtspositie van onvrijwillig opgenomen patiënten. Deze bepalingen worden echter ook vaak aangevoerd om te betogen dat dwangbehandeling buiten de context van de onvrijwillige opneming niet mogelijk is. Zie hierover uitgebreider hoofdstuk 7.

⁴⁶ Boven, J.J.A., van, 2003, p. 19 noemt dit zelfs een van de vijf gronden op basis waarvan een voorlopige machtiging kan worden aangevraagd.

⁴⁷ Zie Rb. Middelburg, 5-9-'94, TvGr 2, 1995, HR, 18-11-'94, NJ 212, 1995, Rb. Alkmaar, 10-2-'98, kBJ 43, 1998, Rb. Zwolle, 15-6-'99, kBJ 17, 2000, 2000. Zie ook Roode, R.P., de, 1996.

⁴⁸ HR, 18-11-'94, NJ 212, 1995, Rb. Roermond, 24-11-'99, kBJ 13, 2000, HR, 2-3-'01, BJ 19, 2001, HR, 2-11-'01, BJ 1, 2002, Rb. Amsterdam, 22-7-02, BJ 4, 2003.

⁴⁹ Rb. 's-Hertogenbosch, 13-1-'98, kBJ 16, 1998, HR, 6-2-'98, kBJ 2, 1998, HR, 6-2-'98, NJ 302, 1998, HR, 2-11-'01, BJ 1, 2002.

2 bopz, maar ook aan 'ernstig gevaar' in art. 38 lid 5 bopz. Er wordt dan steeds geconstateerd dat de nodige bereidheid ontbreekt én dat sprake is van ernstig gevaar.⁵⁰

Een psychogeriatrische patiënt verblijft vrijwillig in een verpleeghuis. Hij maakt af en toe bezwaar tegen toediening van medicatie, maar verzet zich in het geheel niet tegen zijn verblijf in het verpleegtehuis. De officier van justitie dient een verzoek in tot het verlenen van een voorlopige machtiging tot het doen voortduren van het verblijf in de verpleeginrichting. De vordering wordt afgewezen. De advocaat van betrokkene voert aan dat in dit geval ook op grond van art. 60 bopz of de Wgbo kan worden overgegaan tot dwangbehandeling. Deze minder ingrijpende mogelijkheden zouden volgens haar een te prefereren alternatief bieden. De rechtbank stelt dat vooralsnog onvoldoende duidelijk is dat ingrijpen op grond van indicatiestelling (art. 60 bopz) is overwogen, hetgeen door de psychiater die de geneeskundige verklaring heeft opgesteld wordt bevestigd. Bovendien deelt de advocaat de rechtbank nog mede dat naar haar oordeel ook nog mogelijkheden zijn tot dwangmedicatie op grond van de Wgbo, nu betrokkene veelal wel medicatie toestaat en wellicht ook wil instemmen met toepassing van dwangmedicatie. De rechtbank komt tot het oordeel dat vooralsnog onvoldoende aannemelijk is dat dwangmedicatie op grond van art. 60 bopz of de Wgbo niet mogelijk is. 'Nu de rechtbank met de raadsvrouw van oordeel is dat dit in beginsel minder ingrijpende voorzieningen zijn dan een rechterlijke machtiging wordt de vordering afgewezen.'⁵¹

Bovenstaande uitspraak is een van de weinige waarbij de aanvraag voor een machtiging ten behoeve van het toepassen van dwangbehandeling een psychogeriatrische patiënt betrof. De uitspraak is niet helemaal correct. In paragraaf 6.2.2.3 werd reeds uiteengezet dat in de huidige Wet bopz de rechter met betrekking tot een verzoek tot opneming door middel van een voorlopige machtiging in een bopz-aangemerkt verpleeghuis of verzorgingshuis niet dient te onderzoeken of de nodige bereidheid ontbreekt, maar of een patiënt zich verzet tegen opneming (zie art. 3 bopz). Omdat in casu geen verzet aanwezig was, had op die grond de machtiging moeten worden afgewezen.

Dat slechts zelden verzoeken om een machtiging teneinde dwangbehandeling toe te kunnen passen bij een psychogeriatrische patiënt aan de rechter zijn voorgelegd, is waarschijnlijk mede het gevolg van het feit dat verzet zich bij deze groep zo moeilijk laat bepalen.⁵²

Vermeldenswaard is tot slot dat een voorlopige machtiging ook moet worden aangevraagd als de patiënt een wettelijke vertegenwoordiger (curator of mentor) heeft die het niet eens is met de opneming (art. 2 lid 3 sub b bopz). Blankman is van mening dat deze bepaling uitsluitend zou moeten gelden voor wilsonbekwame patiënten. Het gevolg is immers dat indien de rechter de machtiging verleent, het zwaardere regime van de Wet bopz geldt voor de wilsbekwame patiënt die vrijwillig wilde worden opgenomen. Blankman constateert een duidelijke spanning met het proportionaliteitsbeginsel: aan de verantwoordelijkheid van de vertegenwoordiger wordt meer gewicht toegekend dan

⁵⁰ Rb. 's-Hertogenbosch, 6-10-'99, kBJ 30, 2000, Rb. Roermond, 24-11-'99, kBJ 13, 2000, Rb. Zutphen, 29-2-'00, kBJ 37, 2000, HR, 2-11-'01, BJ 1, 2002. De Hoge Raad heeft zich nooit over de dubbele toetsing uitgelaten en zal dat naar verwachting ook niet meer doen, nu de mogelijkheid voor een voorwaardelijke machtiging bestaat en bovendien ook 'ernstig' uit art. 38 lid 5 bopz is geschrapt. Aldus ook de conclusie van Advocaat-Generaal Langemeijer bij HR, 6-12-'02, BJ 1, 2003.

⁵¹ Rb. Amsterdam, 24-8-'00, BJ 6, 2001.

⁵² Zie hierover par. 6.5 en ook hoofdstuk 7.

aan de eigen keuze van de betrokkene en door de machtiging wordt een mogelijkheid tot dwangbehandeling gegeven.⁵³

Procedure

De procedure voor een voorlopige machtiging teneinde een persoon onvrijwillig op te nemen verloopt als volgt. De officier van justitie (OvJ) moet een verzoek indienen bij de rechtbank. Hij kan dit ambtshalve doen (art. 6 lid 2 bopz) of op basis van een schriftelijk verzoek van degenen die staan vermeld in art. 4 bopz.⁵⁴ Bij het verzoek dient in ieder geval een recente verklaring van een psychiater te zijn gevoegd die niet bij de behandeling betrokken is. In het Besluit administratieve bepalingen en de Regeling vaststelling modellen bopz worden nadere eisen gesteld aan zowel het verzoek aan de OvJ als de geneeskundige verklaring.⁵⁵

De OvJ kan een verzoek van de in art. 4 genoemde personen naast zich neerleggen als hij het verzoek kennelijk ongegrond acht. Dit kan hij eveneens indien minder dan een jaar verstreken is sinds een vorig verzoek tot het verlenen van een voorlopige machtiging dat op dezelfde persoon betrekking had, is afgewezen en het nieuwe verzoek geen blijk geeft van nieuwe feiten. Verder kan de OvJ ook ambtshalve een verzoek voor een machtiging indienen bij de rechter.

Ook ten behoeve van iemand die reeds in een psychiatrisch ziekenhuis verblijft kan een verzoek tot het afgeven van een machtiging worden ingediend (art. 2 lid 1 en lid 4 bopz). Een machtiging is dan vereist als iemand zijn vrijwillig verblijf wil beëindigen, de persoon verder gevaar veroorzaakt en dit niet op een andere wijze kan worden afgewend. De geneeskundige verklaring kan in dat geval worden opgesteld door de geneesheer-directeur van de instelling, als hij niet bij de behandeling betrokken was. Wanneer dit wel het geval was moet uit de verklaring blijken dat hij de betrokkene kort daarop heeft laten onderzoeken door een psychiater die niet bij de behandeling betrokken was.

De rechter moet zo spoedig mogelijk uitspraak doen. Indien het verzoek een patiënt betreft die binnen een instelling verblijft, dient de uitspraak binnen drie weken te worden gedaan. (art. 9 bopz). De beschikking van de rechter is bij voorraad uitvoerbaar, maar kan niet meer ten uitvoer worden gelegd als twee weken na de dagtekening verlopen zijn (art. 10 lid 1 bopz).

Om te voorkomen dat nadien de hele procedure opnieuw moet worden opgestart kan de OvJ een bevel tot opneming geven van een patiënt die een voorlopige machtiging heeft gekregen aan een psychiatrisch ziekenhuis in enge zin. Hij dient daartoe eerst te overleggen met de inspecteur en bovendien de geneesheer-directeur te horen (lid 2). De mogelijkheid om instellingen tot opneming te verplichten geldt dus niet voor aangemerkte verpleeginrichtingen en zwakzinnigeninrichtingen (zie art. 10 lid 2 bopz). De reden voor deze uitzondering is dat men wilde voorkomen dat de wachtlijsten doorkruist worden door middel van bezwaar tegen opneming.⁵⁶

Tegen de beschikking van de rechter kan niet in beroep worden gegaan (zie art. 9 lid 5 bopz), maar wel cassatie worden ingesteld op basis van art. 426 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

⁵³ Blankman, K., 2003, p. 63-64.

⁵⁴ Dit zijn de echtgenoot, de met ouderlijk gezag beklede ouders, en elke andere meerderjarige bloedverwant in de rechte lijn en in de zijlijn tot in de tweede graad, of de voogd, curator, of mentor van de betrokkene.

⁵⁵ Besluit rechtspositieregelen bopz, 2003, Besluit administratieve bepalingen bopz, 1993. Eén jaar na inwerkingtreding had de Hoge Raad al een indrukwekkend aantal arresten gewezen inzake de geneeskundige verklaring. Zie voor een overzicht Verduyn, C.J., 1995.

⁵⁶ Zie ook Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 7, Vergaderjaar 1990-1991.

6.2.3.2 Voorwaardelijke machtiging

De sinds 1 januari 2004 ingevoerde voorwaardelijke machtiging is een maatregel die het mogelijk maakt, dat op een patiënt die niet in een psychiatrisch ziekenhuis verblijft drang wordt uitgeoefend om een behandeling te ondergaan.⁵⁷ Aan de behandeling kunnen voorwaarden worden gesteld. Daarnaast kunnen ook andere voorwaarden worden opgelegd, mits die de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging dan wel de staatkundige vrijheid niet beperken (art. 14a lid 7 bopz). De aanvraag hiertoe wordt eveneens door de officier van justitie gedaan (art. 14a lid 1 bopz).

Een voorwaardelijke machtiging kan uitsluitend worden verleend als de stoornis van de geestvermogens betrokkene gevaar doet veroorzaken en het gevaar slechts door het stellen van voorwaarden buiten een psychiatrisch ziekenhuis kan worden afgewend (art. 14a lid 2 bopz). De voorwaarden worden door de rechter gesteld. Daarnaast kan de rechter de OvJ de suggestie doen om in plaats van een voorlopige machtiging een andere maatregel te verzoeken (art. 8a bopz).⁵⁸

De patiënt wordt niet direct gedwongen om zich te laten behandelen, maar indien hij zich niet aan de gestelde voorwaarden houdt kan de geneesheer-directeur besluiten dat de patiënt alsnog dient te worden opgenomen in het psychiatrisch ziekenhuis (art. 14d bopz). De opname geschiedt vervolgens voor ten hoogste de termijn waarvoor de voorwaardelijke machtiging is afgegeven.⁵⁹ De uitvoering van het behandelingsplan is een geneeskundige behandeling, waarop Boek 7, titel 7, afdeling 5 van het Burgerlijk Wetboek (Wgbo) van toepassing is, voor zover daarvan bij de Wet bopz niet is afgeweken. Tussenkomsst van de rechter is daarom niet nodig om het behandelingsplan te wijzigen.⁶⁰

Volgens de memorie van toelichting kan de voorwaardelijke machtiging een oplossing bieden voor patiënten met stoornissen waarvoor adequate behandelmethoden bestaan die ambulant kunnen worden toegepast. Voorbeelden die worden genoemd zijn personen die lijden aan psychiatrische stoornissen als psychoses, bipolaire stoornissen of stoornissen in impulsregulatie.⁶¹

De regeling geldt uitsluitend voor psychiatrische ziekenhuizen in enge zin. Verpleeghuizen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg zijn ervan uitgesloten. Psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten kunnen zich buiten de instelling niet staande houden en voor hen heeft de voorwaardelijke machtiging derhalve geen toegevoegde waarde.⁶² Voor psychogeriatrische patiënten zal de regeling van de voorwaardelijke machtiging daarom slechts marginale betekenis hebben: uitsluitend indien een opname in een algemeen psychiatrisch ziekenhuis of een psychiatrische afdeling van een algemeen ziekenhuis (PAAZ) overwogen wordt zou zich de mogelijkheid

⁵⁷ Dijkers, W.J.A.M., 2004, De wettelijke regeling zeer in het kort, p. 9. Dijkers verbaast zich in zijn dissertatie (2003, p. 77) dat de keuze voor een machtigingsprocedure niet nader is toegelicht, omdat deze machtiging primair behandeling beoogt. Dit is niet in lijn met de andere maatregelen die opname bewerkstelligen en waar (dwang)behandeling uitsluitend achteraf getoetst wordt.

⁵⁸ Deze bepaling is in de Wet bopz terechtgekomen omdat men in de Tweede Kamer vond dat de rechter niet ambtshalve een andere maatregel mocht toewijzen. Terecht stelt Keurentjes dat deze bepaling onnodig omslachtig is. Zie Keurentjes, R.B.M., 2002, p. 529.

⁵⁹ De termijn voor een voorwaardelijke machtiging bedraagt maximaal zes maanden waarna deze steeds voor hoogstens een jaar verlengd kan worden (art. 14c lid 1 en 2 bopz).

⁶⁰ Handelingen Tweede Kamer, 27 289. nr. 3, Vergaderjaar 1999-2000, p. 7.

⁶¹ Handelingen Tweede Kamer, 27 289. nr. 3, Vergaderjaar 1999-2000, p. 5.

⁶² Zie ook Dijkers, W.J.A.M., 2004, p. aantekening 1.3 bij art. 14a bopz p. 15.

van een voorwaardelijke machtiging in theorie voor kunnen doen.⁶³ Dijkers wijst er bovendien op dat de regeling wilsbekwaamheid van de patiënt veronderstelt (zie ook art. 14a lid 5 bopz): hij moet instemmen met het behandelingsplan en de gestelde voorwaarden. Psychogeriatrische patiënten kunnen veelal te dien aanzien geen redelijke belangenafweging meer maken.⁶⁴

6.2.3.3 Observatiemachtiging

Wel aangenomen door de Tweede en Eerste Kamer, maar nog niet in werking getreden is de zogeheten observatiemachtiging (artt 14h-14i bopz). Deze regeling is bedoeld om mensen op te nemen van wie het ernstige vermoeden bestaat dat ze lijden aan een geestelijke stoornis en die stoornis gevaar voor zichzelf doet veroorzaken. Met de observatieregeling beoogt men vooral een vangnet te hebben voor mensen zonder ziekte-inzicht die dreigen te verloederen, ook wel de verkommerden en verloederden genoemd.

Het doel van de observatiemachtiging is te onderzoeken of een geestesstoornis aanwezig is en of die stoornis gevaar voor de betrokkene zelf doet veroorzaken (art. 14h lid 2 bopz).⁶⁵ Volgens Van Boven gaat het hier om vragen die vaak niet in een ambulante situatie zijn te beantwoorden.⁶⁶

De observatiemachtiging kan worden verleend door de rechter op verzoek van de OvJ. De bepalingen van de voorlopige machtiging met betrekking tot dit verzoek zijn van overeenkomstige toepassing (art. 14h lid 4 bopz).

In tegenstelling tot de voorwaardelijke machtiging geldt de observatiemachtiging voor alle bopz-aangemerkte instellingen en kan derhalve in de toekomst ook relevant blijken voor mensen van wie het vermoeden bestaat dat ze aan een psychogeriatrische aandoening lijden.⁶⁷

Een observatiemachtiging kan voor maximaal drie weken worden afgegeven. Gedurende die tijd moet blijken of de aanvraag voor een andere machtiging (voorlopig of voorwaardelijk) nodig is en door de OvJ worden aangevraagd (art. 14i bopz). Als er een voorlopige of voorwaardelijke machtiging door de OvJ is aangevraagd en de termijn

⁶³ Aldus ook Handelingen Tweede Kamer, 27 289. nr. 3, Vergaderjaar 1999-2000, p. 5. Onjuist is de conclusie van Keurentjes, R.B.M., 2003, p. 49 die stelt dat de mogelijkheid van een voorwaardelijke machtiging voor psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten in het geheel niet is weggelegd.

⁶⁴ Dijkers, W.J.A.M., 2004, p. aantekening 1.3 bij art. 14a bopz p. 15.

⁶⁵ Een vermoeden van gevaar voor anderen is dus geen grond voor een observatiemachtiging. Keurentjes, R.B.M., 2003, p. 82 stelt dat het begrip gevaar voor zichzelf gemakkelijk ruimer te interpreteren is, omdat gesteld kan worden dat wanneer betrokkene veel maatschappelijke onrust teweeg kan brengen dit zich gemakkelijk tegen hem kan keren. Daarmee kan het toepassingsgebied ruimer geïnterpreteerd worden dan door de opstellers is beoogd.

⁶⁶ Boven, J.J.A., van, 2003, p. 78.

⁶⁷ De Keijzer (1994, p. 699-701) noemt een dilemma bij de opnemingsprocedure via art. 60 bopz dat niet altijd duidelijk is in hoeverre iemand een psychogeriatrische patiënt is en stelt dat dan nog geen sprake is van een mogelijke verpleeghuisopname. Hij schetst daarbij het voorbeeld van een alleenwonende slecht lopende vrouw met lichte diabetes, bij wie vrij plotseling gedragsverandering optreedt en die zichzelf ernstig verwaarloost. Voor dergelijke situaties zou een observatiemachtiging uitkomst kunnen bieden. In het gegeven voorbeeld werd door middel van onderzoek vastgesteld dat de vrouw een behandelbare vorm van een dementiesyndroom had. Opneming was niet aan de orde omdat via wijkverpleging en gezinszorg adequate zorg kon worden geboden.

van drie weken is verstreken, terwijl de rechter nog niet tot een uitspraak is gekomen, kan het gedwongen verblijf van de betrokkene met ten hoogste twee weken worden verlengd (art. 14i bopz). Twee weken is ook de maximale termijn waarbinnen een rechter een uitspraak op het verzoek om een aansluitende machtiging moet doen.

De opvatting heerst dat tijdens het verblijf op basis van een observatiemachtiging geen dwangbehandeling mag worden toegepast. De artikelen 38 en 39 bopz zijn ook niet van overeenkomstige toepassing verklaard op deze machtiging. Het idee is dat ingeval van een noodzaak tot dwangbehandeling een inbewaringstelling moet worden aangevraagd (zie ook art. 14h lid 5 bopz).⁶⁸ De vraag rijst echter wat de verhouding is met de Wgbo, die mede van toepassing wordt geacht als iemand met een observatiemachtiging wordt opgenomen.⁶⁹ Ook die wet kent immers een dwangbehandelingsregeling (art. 7:465 lid 6 BW). Het verdient daarom aanbeveling dat de wetgever een verbod voor dwangbehandeling tijdens de observatieperiode expliciet vastlegt teneinde misverstanden te voorkomen.

Op de valreep is gebleken dat de mogelijkheid om een patiënt op een gesloten afdeling onder te brengen ontbrak. Dit onderdeel werd zo essentieel geacht dat om deze reden de regeling nog niet in werking is getreden.⁷⁰

6.2.3.4 *Machtiging tot voortgezet verblijf*

De machtiging tot voortgezet verblijf geeft de mogelijkheid om het verblijf van een patiënt na afloop van de termijn van de voorlopige machtiging te laten voortduren. Ook dit verzoek wordt door de OvJ ingediend. Deze machtiging heeft een geldigheidsduur van maximaal een jaar (art. 17 lid 3 bopz). Heeft het onvrijwillige verblijf zonder onderbreking tenminste vijf jaren geduurd, dan kan de rechter een machtiging tot voortgezet verblijf van ten hoogste twee jaren verlenen (art. 19 bopz). Een machtiging tot voortgezet verblijf in een verpleeginrichting kan bij de eerste aanvraag reeds voor vijf jaren worden verleend, als te verwachten valt dat de omstandigheden die hebben geleid tot het verlenen van de voorlopige machtiging niet zullen wijzigen (art. 17 lid 4 bopz). Ten aanzien van de geneeskundige verklaring gelden nagenoeg dezelfde eisen als bij de aanvraag voor een voorlopige machtiging met betrekking tot een persoon die reeds binnen een instelling verblijft. Een bijkomende voorwaarde is dat een afschrift van het behandelingsplan moet worden overlegd (art. 16 lid 4 bopz).

6.2.3.5 *Rechterlijke machtiging op eigen verzoek*

Tenslotte kent de wet de rechterlijke machtiging op eigen verzoek (artt. 32-34 bopz). Deze kan de rechter op verzoek van de OvJ verlenen voor een persoon met een geestelijke stoornis, die bereid is in een psychiatrisch ziekenhuis opgenomen te worden of daarin te verblijven. De machtiging is dan bedoeld om het verblijf te laten voortduren, ook al komt tijdens het verblijf de bereidheid daartoe te ontbreken. De betrokkene moet daartoe een verzoek indienen bij de officier van justitie. Het verzoek kan in naam van betrokkene ook worden gedaan door zijn ouders, als deze minderjarig is, of indien de betrokkene meerderjarig is en een curator of een mentor heeft, door diens wettelijke vertegenwoordiger, maar uitsluitend indien de betrokkene daarmee instemt. De machtiging dient te worden afgegeven voor minimaal een half jaar en kan maximaal een jaar duren.

⁶⁸ Boven, J.J.A., van, 2003, p. 81-82.

⁶⁹ Handelingen Tweede Kamer, 27 289. nr. 31. Wijziging art. 38 lid 5 bopz. Amendement van der Hoek c.s., Vergaderjaar 2001-2002, p. 4.

⁷⁰ Zie ook Dijkers, W.J.A.M. en T.P.J.C. Widdershoven, 2004, p. 12.

De machtiging kan slechts worden verleend als de betrokkene gevaar veroorzaakt en het gevaar niet buiten een instelling kan worden afgewend. Voor de psychogeriatric heeft deze machtiging slechts een geringe betekenis, omdat ook deze machtiging het vermogen tot een redelijke belangenafweging veronderstelt.⁷¹

6.2.4 Inbewaringstelling en machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling

In sommige gevallen kan een gevaarssituatie dermate dreigend zijn dat een procedure tot de aanvraag van een voorlopige of voorwaardelijke machtiging niet kan worden afgewacht. Voor deze situatie kent de Wet bopz een spoedprocedure waarbij de burgemeester een inbewaringstelling van een persoon kan gelasten. De wet vereist dat het gevaar onmiddellijk dreigend is (art. 20 lid 2 sub a en sub c). Verder moet het gevaar niet op een minder ingrijpende manier kunnen worden afgewend. Het bestaan van de geestelijke stoornis hoeft niet vast te staan: een ernstig vermoeden is voldoende (art. 20 lid 2 sub b bopz).

Ook bij de aanvraag voor een inbewaringstelling moet een geneeskundige verklaring worden overlegd. In tegenstelling tot bij de voorlopige machtiging hoeft de arts die deze verklaring opstelt geen psychiater te zijn, al verdient dit wel de voorkeur. Daarnaast is het mogelijk dat de verklaring wordt opgesteld door de behandelend arts, maar alleen als dit niet anders kan (zie art. 21 bopz). De wet vermeldt in art. 24 expliciet dat een psychiatrisch ziekenhuis ten gevolge van de beschikking van de burgemeester een opnameplicht heeft. Heeft na 24 uur nog geen opneming plaatsgevonden, dan kan de burgemeester hiertoe een bevel geven. Daartoe moet hij eerst overleggen met de inspecteur van gezondheidszorg (art. 24 bopz). In tegenstelling tot bij de voorlopige machtiging strekt het bevel tot opneming op grond van een inbewaringstelling zich wel uit tot verpleeginrichtingen en instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg.

De burgemeester moet onverwijld de inspecteur en de OvJ over de afgifte van de inbewaringstelling inlichten (art. 25 lid 1 bopz). Bovendien moet hij hun uiterlijk de eerstvolgende werkdag een aangetekend afschrift van de beschikking zenden (lid 2). Zo mogelijk stelt hij bij de opneming ook de echtgenoot, de wettelijke vertegenwoordiger en de naaste familie op de hoogte (art. 26 bopz).

De Officier van Justitie moet na ontvangst van het afschrift van de beschikking beslissen of het gevaar zich ten aanzien van de in bewaring gestelde persoon als bedoeld in art. 20 lid 2 voordoet. Is dit volgens hem het geval dan moet hij uiterlijk de eerstvolgende werkdag een verzoek tot het verlenen van een machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling indienen bij de rechtbank (art. 27 lid 1 bopz). Van het verzoek moet hij een schriftelijke mededeling doen aan de geneesheer-directeur van het psychiatrisch ziekenhuis waarin de betrokkene verblijft. Aan de rechter moeten naast het verzoekschrift, de beschikking van de burgemeester en de geneeskundige verklaring die op basis van art. 21 is opgesteld worden overlegd.⁷² De rechter dient binnen drie werkdagen na ontvangst van het verzoek een beslissing te nemen (art. 29 lid 3) en kan een machti-

⁷¹ In 2002 werd dan ook geen enkele machtiging op eigen verzoek afgegeven voor psychogeriatricische patiënten, blijkt uit Inspectie voor de Gezondheidszorg, Bopzis-3 info 2002/4, 2003, p. 11. In de gegevens voor 2003 wordt helaas in de rapportage geen onderscheid meer gemaakt tussen de verschillende vormen van rechterlijke machtigingen, zodat niet meer is na te gaan welke zijn afgegeven. Inspectie voor de Gezondheidszorg, Bopzis-3 info 2003/4, 2004.

⁷² Volgens Dijkers, W.J.A.M., 2003, p. 101-102 zou de rechter ten gevolge van een uitspraak van het Europese Hof zijn beslissing niet mogen gronden op een verklaring die niet door een psychiater is opgemaakt en dient een nieuwe verklaring door een psychiater te worden opgesteld. Zie ook EHRM, 5-10-'00, BJ 36, 2001.

ging afgeven voor de duur van maximaal drie weken (art. 30). Ook tegen deze beschikking van de rechter staat geen gewoon rechtsmiddel open (art. 29 lid 5).

Is het noodzakelijk dat de betrokkene langer in het psychiatrisch ziekenhuis verblijft dan dient een voorlopige machtiging te worden aangevraagd. Ook kan de machtiging tot voorzetting van de inbewaringstelling worden gevolgd door een voorwaardelijke machtiging (art. 31 bopz).⁷³

6.2.5 Art. 60 bopz-indicatie

Voor psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten die geen blijk geven van de nodige bereidheid ten aanzien van opname in een daartoe aangemerkte verpleeginrichting⁷⁴ of instelling voor verstandelijk gehandicaptenzorg, maar daar evenmin verzet tegen uiten, kan opname worden bewerkstelligd door middel van een indicatieprocedure. In deze mogelijkheid voorziet art. 60 bopz. Voor psychogeriatrische patiënten die onder deze categorie vallen is een opname uitsluitend mogelijk als een speciaal daartoe aangewezen commissie dit noodzakelijk vindt (art. 60 lid 1).

De Advocaten-Generaal Asser en Langemeijer zijn van mening dat ten behoeve van patiënten die vrijwillig in een psychiatrisch ziekenhuis in enge zin verblijven, maar niet meer wilsbekwaam kunnen worden beschouwd ten aanzien van hun verblijf, een voorlopige machtiging dient te worden aangevraagd. Dit volgt volgens hen uit de formulering van art. 2 lid 3. Asser benadrukt dat lid 4, dat verzet regelt tegen verder verblijf, niet geïsoleerd moet worden gezien van lid 3 en dat telkens een machtiging nodig is als niet meer van vrijwilligheid kan worden gesproken.⁷⁵ Indien de zienswijze van de Advocaten-Generaal juist is – de Hoge Raad zelf heeft zich er nooit over uitgelaten – zou ten behoeve van vrijwillig in verpleeginrichtingen opgenomen psychogeriatrische patiënten die niet wilsbekwaam zijn ten aanzien van hun verblijf maar daar ook geen verzet tegen uiten, analoog aan deze redenering een art. 60-indicatie dienen te worden aangevraagd.

De indicatiecommissie moet volgens art. 60 lid 3 bopz onafhankelijk van de verpleeginrichting zijn. Het Zorgindicatiebesluit (Zib)⁷⁶ dat mede op deze bepaling is gebaseerd, wijst daartoe Regionale Indicatieorganen (RIO's) aan (art. 3 Zib juncto art. 9a AWBZ). Ook art. 9a AWBZ, een van de bepalingen uit de andere wet waar dit besluit op gebaseerd is, geeft aan dat de commissie onafhankelijk dient te zijn. Burgemeester en wethouders van een gemeente voorzien in een indicatiecommissie. Ten aanzien van de samenstelling vermeldt het Zorgindicatiebesluit dat het orgaan bestaat uit tenminste vijf leden en dat de in het werkgebied van het indicatieorgaan werkzame patiënten- en consumentenorganisaties in de gelegenheid worden gesteld tenminste één persoon aan te wijzen als lid van het orgaan (art. 4). Het Besluit onderstreept voorts dat het onderzoek dat ten behoeve van een indicatiebesluit dient te worden verricht, uitgevoerd moet worden door personen of organisaties die ter zake over voldoende deskundigheid beschikken.

⁷³ Dit laatste kan uiteraard uitsluitend in een psychiatrisch ziekenhuis in enge zin.

⁷⁴ Dit kan een (afdeling van) een verpleeghuis of een afdeling van een verzorgingshuis zijn.

⁷⁵ HR, 18-11-'94, NJ 212, 1995, HR, 6-12-'02, BJ 1, Een andere mening is Dijkers toegedaan. Hij stelt dat een verblijf dat vrijwillig begonnen is dat karakter behoudt totdat blijkt dat betrokkene anders wil, althans zich verzet tegen voortzetting van het verblijf. Dijkers, W.J.A.M., 1999, aant. 2.3.

⁷⁶ Zorgindicatiebesluit, 1997.

Een noodzaak tot opneming is aanwezig indien de betrokkene zich ten gevolge van de stoornis van de geestvermogens niet buiten de inrichting kan handhaven (art. 60 lid 4 bopz). Hiermee wordt in dit verband bedoeld 'het onvermogen van de patiënt zich zelf te verzorgen, waardoor hij zich niet buiten de inrichting kan handhaven'. Evenals bij de rechterlijke machtiging wordt ook in art. 60 de opdracht gegeven om na te gaan of er een causaal verband is tussen de stoornis en de noodzaak tot opneming. Het is mogelijk dat er een noodzaak is, maar geen causaal verband met de stoornis. In dat geval dient geen opneming plaats te vinden in een bopz-aangemerkte instelling, zo is de redenering. Wel is dan plaatsing in een andere voorziening mogelijk, maar daar ziet de Wet bopz niet op toe.

De formulering van art. 60 bopz (en ook die van art. 17 Zib) lijkt de indicatiecommissie net als de rechter een beoordelingsruimte te geven bij de vaststelling of een patiënt bereidheid tot opneming toont. Art. 60 spreekt immers net als art. 2 bopz van 'de nodige bereidheid'. Van Ginneken stelt hierover, evenals Laurs en van Dijke, en ook Dijkers, dat wilsbekwaamheid is vereist ten aanzien van het tonen van de nodige bereidheid.⁷⁷ Laurs en Van Dijke betogen dat de neiging om psychogeriatrische patiënten bij voorbaat reeds wilsonbekwaam te beschouwen geen recht doet aan de nog mogelijke aanwezige vermogens tot oordeelsvermogen en zelfbepaling.⁷⁸ Ik zou daar tegenover willen stellen dat er te gemakkelijk van uitgaan dat iemand wel in staat is om in te stemmen met opneming evenmin waarborgt dat iemand voldoende rechtsbescherming krijgt. De beslissing heeft immers gevolgen voor het van toepassing zijnde wettelijke regime. Daarom zou een indicatieorgaan altijd zorgvuldig dienen na te gaan of een psychogeriatrische patiënt of verstandelijk gehandicapte in staat is om ter zake een redelijke belangenafweging te maken.⁷⁹

Is bij het nagaan of sprake is van de nodige bereidheid ruimte voor interpretatie, bij een uiting van 'verzet' is dat beslist niet het geval.⁸⁰ Het is immers de bedoeling, dat in die situatie de rechter een oordeel over de noodzaak van opneming uitspreekt.

Art. 17 Zib en art. 60 lid 5 bopz bevatten nadere voorschriften voor de procedure. Aan de zorgvrager – dit is degene ten behoeve van wie een aanvraag om een indicatiebesluit is ingediend – moet schriftelijk en mondeling worden medegedeeld dat hij bedenkingen kan inbrengen tegen zodanige opneming en verder verblijf. Overigens zijn de informatiebepalingen uit de Wgbo via de schakelbepaling van art. 7:464 BW mede op de indicatieprocedure van toepassing.⁸¹

⁷⁷ Ginneken, P.P.J.N., van, Externe rechtspositie in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptensector, 2002, p. 15, Laurs, P.J.H. en S.A. Dijke, van, 1995, Dijkers, W.J.A.M., 2003, p. 45.

⁷⁸ Laurs, P.J.H. en S.A. Dijke, van, 1995.

⁷⁹ Dijkers, W.J.A.M., 1999, aant. 2.3 geeft eveneens aan dat aan een handtekening van betrokkene slechts waarde is te hechten als deze die ook weloverwogen heeft gezet en de wilsbekwaamheid met betrekking tot de opneming bovendien ook nog aanwezig is op het moment dat de opneming daadwerkelijk plaatsvindt.

⁸⁰ Dit is althans de heersende opvatting. Zie ook par. 7.2.3 waar wordt betoogd dat de toelichting van het kabinet toch enige ruimte voor interpretatie lijkt te geven, al wordt daarin tevens gesteld dat aan het verzet niet té snel voorbij mag worden gegaan.

⁸¹ Ook Gevers, J.K.M., Externe indicatiestelling: kanttekeningen bij het zorgindicatiebesluit, 1998, p. 346 acht de Wgbo bij de indicatiestelling via de schakelbepaling van overeenkomstige toepassing.

Hoofdstuk 6

In het indicatiebesluit dat mede op basis van art. 60 bopz wordt genomen, moet melding worden gemaakt van:

- a) de aard van de stoornis van de geestvermogens;
- b) de omstandigheden die meebrengen dat de zorgvrager zich ten gevolge van die stoornis niet buiten de inrichting kan handhaven (handhavingscriterium en causaal verband);
- c) de wijze waarop aan hem is meegedeeld dat hij bedenkingen kan inbrengen tegen zodanige opneming en verder verblijf;
- d) de reactie van de zorgvrager op de mededeling.

De omschrijving van art. 17 Zib suggereert dat het indicatieorgaan eveneens een opnemingsbesluit in de zin van de Wet bopz neemt, als een zorgvrager de nodige bereidheid tot opneming toont maar zich niet buiten de instelling kan handhaven. In dat geval is echter geen sprake van een art. 60 bopz-indicatie, omdat in dat geval een vrijwillige opneming dient te volgen waarop de Wgbo van toepassing is. Kennelijk behoort een besluit van het RIO ten aanzien van iedere opneming in een bopz-aangemerkte instelling te voldoen aan het bepaalde in art. 17 Zib. Daarnaast moet ook een besluit worden genomen ingevolge art. 2 Zib. Dit betekent dat het RIO een indicatie moet geven met betrekking tot de zorg die na opneming verleend moet worden. In paragraaf 6.3.1 wordt dit nader uiteengezet.

Eveneens suggereren de omschrijvingen van art. 60 bopz en art. 17 Zib dat het RIO een indicatie kan afgeven als een patiënt zich verzet. Uit art. 3 bopz volgt echter dat dit dan in ieder geval geen art. 60-indicatie is en derhalve geen geldige opnemingsstitel geeft. Art. 3 bopz schrijft immers nadrukkelijk voor dat een machtiging voor opneming en verblijf van een persoon in een zwakzinnigeninrichting of verpleeginrichting vereist is, indien de betrokkene blijk geeft van verzet tegen opneming of verblijf. Uit deze bepaling vloeit tevens voort dat de rechtsgevolgen van het besluit van de indicatiecommissie in feite vervallen zodra een patiënt, ten aanzien van wie een art. 60-indicatiebesluit is genomen, een uiting geeft van verzet. Dat betekent dat dan het verblijf van de patiënt in de inrichting moet worden beëindigd, tenzij er een rechterlijke machtiging of een inbewaaringstelling wordt aangevraagd.⁸²

Samenvattend krijgt het indicatieorgaan in het kader van een indicatieaanvraag op basis van art. 60 bopz de opdracht na te gaan of:

1. er een psychogeriatrische aandoening of een verstandelijke beperking, dan wel een andere geestelijke stoornis is;
2. de betrokkene zich niet meer buiten een instelling kan handhaven;
3. er een causaal verband is tussen de stoornis en de noodzaak tot opneming;
4. de betrokkene eventueel blijk geeft van de nodige bereidheid tot opneming; daartoe zal het moeten onderzoeken of de betrokkene wilsbekwaam is;
5. de betrokkene geen blijk geeft van verzet tegen opneming en
6. voor welke vormen van zorg betrokkene naast opneming en verblijf geïndiceerd moet worden (zie par. 6.3.1).

Vervolgens kan het indicatieorgaan op basis van art. 3 jo 17 Zib de volgende beslissingen nemen:

⁸² Zo ook Dijkers, W.J.A.M., 1999, aant. 1.3.

1. Een besluit tot opneming van een psychogeriatrische patiënt in een verpleeginrichting, terwijl de betrokkene instemt met de opneming. Dit besluit is geen besluit in de zin van art. 60 bopz.
2. Een besluit tot opneming van een psychogeriatrische patiënt in een verpleeginrichting, terwijl de betrokkene niet de nodige bereidheid toont met betrekking tot de opneming, maar zich tegen de opneming ook niet verzet. Dit besluit is wel een besluit in de zin van art. 60 bopz.
3. Een besluit tot opneming van een psychogeriatrische patiënt in een verpleeginrichting, terwijl de betrokkene zich verzet tegen de opneming. Dit besluit is ook geen besluit in de zin van art. 60 bopz.
4. Een besluit tot afwijzing van het verzoek, omdat niet aan de overige voorwaarden is voldaan: er is geen sprake van een geestelijke stoornis, er is niet voldaan aan het handhavingscriterium, er is geen causaal verband tussen stoornis en noodzaak tot opneming.⁸³

Sinds de recente herzieningen van artt. 9a en b AWBZ staat een indicatiebesluit nadrukkelijk open voor administratief bezwaar en beroep ingevolge art. 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb).⁸⁴ Desondanks acht Dijkers deze bestuursrechtelijke beroepsmogelijkheid voor bopz-indicaties van geen belang.⁸⁵ Indien een patiënt zich verzet, verliest de bopz-indicatie immers zijn rechtsgevolg en dient een (bopz-)rechter zich over een eventuele opneming of voortzetting van het verblijf uit te spreken. Daarom is alleen een negatief indicatiebesluit van een wilsbekwame patiënt naar zijn idee vatbaar voor een eventueel administratiefrechtelijke procedure. Het komt mij echter voor dat ook andere belanghebbenden dan de patiënt bezwaar zouden kunnen maken tegen een art. 60 opnemingsindicatiebesluit (zie art. 1:2 Awb).⁸⁶ Belanghebbende zou bijvoorbeeld een niet-wettelijke vertegenwoordiger kunnen zijn. Voor wettelijke vertegenwoordigers gaat deze redenering niet op, omdat dan een rechterlijke machtiging vereist is (art. 2 lid 3 sub b bopz). In tegenstelling tot wat Dijkers meent blijft de beroepsmogelijkheid dus ook voor een positief art. 60 indicatiebesluit relevant.

Het indicatiebesluit dient een geldigheidsduur te vermelden (art. 15 Zib). Bij ministeriële regeling kunnen hiervoor regels worden vastgesteld. In het verleden kon een indicatie

⁸³ Van Ginneken (Externe rechtspositie in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicap-tensector, 2002: 15) komt tot een enigszins andere analyse van mogelijke uitkomsten. Hij stelt dat in de gevallen waarin de commissie tot de conclusie komt dat er sprake is van bereidheid of verzet, de taak van de commissie beëindigd is.

⁸⁴ De Centrale Raad van Beroep had een uitspraak gedaan, waarin bepaald werd dat een positief of negatief advies van een indicatieorgaan als bedoeld in art. 9a AWBZ niet kon worden aangemerkt als een beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling als bedoeld in art. 1:3 AWBZ. Zie CRvB, RZA 34, 2001. Deze uitspraak was in strijd met de bedoelingen van het kabinet, vandaar dat men met reparatiewetgeving kwam. Daarbij werd het advies van het indicatieorgaan omgezet in een zelfstandig besluit. Handelingen Tweede Kamer, 28 228. nr. 3, Vergaderjaar 2001-2002.

⁸⁵ Dijkers, W.J.A.M., 1999, aant. 2.3.

⁸⁶ Onder een belanghebbende op grond van deze bepaling wordt verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Als zodanig kan in ieder geval worden beschouwd een huisgenoot (partner, familielid) van iemand die op grond van een art. 60-indicatie wordt opgenomen. Hoewel dit zich in de praktijk niet vaak voor zal doen is het denkbaar dat deze niet instemt met de opneming. Hij kan dan als belanghebbende een administratiefrechtelijke procedure starten.

in een verpleeghuis voor onbeperkte duur worden afgegeven.⁸⁷ Thans is dit niet meer mogelijk. Als de termijn verstreken is dient een herindicatie te volgen. Omdat de AMvB, tenzij uitdrukkelijk vermeld, geen onderscheid maakt tussen bopz- en zorgindicaties, geldt de beperkte-termijnplicht voor beide indicaties.

6.3 *Zorgindicaties sinds 1 april 2003*

6.3.1 *Inleiding*

In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat het Regionaal Indicatieorgaan bij opname in bopz-aangemerkte instellingen een dubbele taak heeft. Het orgaan dient op basis van twee wetten te indiceren. Naast de Wet bopz betreft dat de AWBZ. Indicaties ten aanzien van psychogeriatrische patiënten op basis van de AWBZ, vinden echter niet alleen plaats in bopz-aangemerkte instellingen maar door het hele zorgspectrum. Voor een goed begrip in het samenspel tussen beide wettelijke regelingen, is het noodzakelijk meer inzicht te verkrijgen in de AWBZ-indicatie. Deze wordt in deze paragraaf uiteengezet. Deze indicatie is gebaseerd op twee Besluiten, het Besluit zorgaanspraken en het Zorgindicatiebesluit. Hieronder volgt een uiteenzetting.

6.3.2 *Functiegericht indiceren*

Sinds 1 april 2003 is de vereenvoudigde AWBZ-brede regeling voor het persoonsgebonden budget in werking getreden. Deze regeling brengt met zich mee dat zorgaanbieders ook AWBZ-breed zorg kunnen leveren. Daartoe is het Besluit zorgaanspraken (Bza) gewijzigd. Met dit besluit wordt een nieuwe stap gezet in het bereiken van de doelstellingen die met de modernisering van de AWBZ worden nagestreefd. Naast het realiseren van meer keuzevrijheid zijn dit het creëren van meer keuzemogelijkheden en meer zeggenschap voor de verzekerde. Andere doelstellingen liggen op het terrein van de deregulering, de beperking van de administratieve lasten en het versterken van de rechten en plichten van de verzekerden, zorgaanbieders en verzekeraars in de AWBZ.⁸⁸ De wijziging brengt met zich mee dat aanspraken vanaf 1 april 2003 in zeven functies worden aangeduid (zie art. 1 Bza), te weten:

1. *Huishoudelijke verzorging*
Hierbij gaat het om het ondersteunen bij of het overnemen van activiteiten op het gebied van de huishoudelijke dagelijkse levensverrichtingen. (art. 3 Bza)
2. *Persoonlijke verzorging*
Bij persoonlijke verzorging worden activiteiten op het gebied van de algemene dagelijkse levensverrichtingen ondersteund of overgenomen. Hieronder valt tevens zorg die in directe relatie staat tot de persoonlijke verzorging. Ook het stimuleren van de zelfredzaamheid en het zo mogelijk aanleren van ADL-activiteiten behoort tot deze functie (art. 4 Bza).
3. *Verpleging*
Bij verpleging gaat het om het herkennen en analyseren van gezondheidsproblemen en het uitvoeren van de daarmee samenhangende verpleegtechnische handelingen. Verder omvat het onderzoek naar de gezondheid, alsmede het geven van advies, instructie en voorlichting over hoe om te gaan met ziekte, preventie en hulpmiddelen en dergelijke (art. 5 Bza).

⁸⁷ Zie Dijkers, W.J.A.M., 1999, aant. 1.6.

⁸⁸ Nota van toelichting bij Besluit zorgaanspraken AWBZ, 2002.

4. *Ondersteunende begeleiding*

Ondersteunende begeleiding neemt de aandoening, beperking of handicap als gegeven en bouwt voort op de (rest)mogelijkheden van de verzekerde. De functie is gericht op het handhaven en soms ook het vergroten van de zelfredzaamheid door het compenseren van beperkingen, acceptatie van de situatie en integratie door begeleiding bij het dagelijkse leven, toezicht en praktische hulp.⁸⁹ Het gaat om activiteiten die de verzekerde ondersteunen bij zijn dagindeling en zijn participatie in de maatschappij bevorderen. Deze zorg kan zowel individueel als in groepsverband geboden worden, afhankelijk van de situatie. Het gaat hierbij ook om dag- of nachtopvang in een instelling (art. 6 Bza).

5. *Activerende begeleiding*

Activerende begeleiding neemt de aandoening, beperking of handicap juist niet als gegeven, maar grijpt daarop in. Met activerende begeleiding wordt de verzekerde geleerd om te gaan met de (gevolgen van de) aandoening, beperking of handicap (art. 7 Bza).

6. *Behandeling*

Hierbij gaat het om behandeling van medisch-specialistische, gedragswetenschappelijke of specialistisch-paramedische aard, gericht op herstel of voorkoming van verergering van een somatische, psychogeriatrische of psychiatrische aandoening, een verstandelijke lichamelijke of zintuiglijke handicap, te verlenen door een instelling of door een psychiater of zenuwarts (art. 8 Bza). De behandeling is continu, systematisch, langdurig en multidisciplinair. In het algemeen gaat het om complexe problematiek, waarvoor specifieke AWBZ-deskundigheid noodzakelijk is, zoals van een verpleeghuisarts. Monodisciplinaire zorg en zorg waarbij enkele disciplines zijn betrokken, vallen niet onder AWBZ-zorg. Zo is geen AWBZ-zorg nodig bij beginnende dementie waarbij voortdurende afstemming met andere disciplines niet noodzakelijk is. Psychiatrische zorg valt daarentegen altijd onder de AWBZ, ook al is die monodisciplinair van aard.⁹⁰

7. *Verblijf*

Bij verblijf wordt de verzekerde een therapeutische of beschermende leefomgeving geboden waarin toezicht beschikbaar is. Het verblijf kan tijdelijk of blijvend zijn (art. 9 Bza). Een verzekerde kan geen indicatiebesluit voor verblijf krijgen, als hij niet eveneens voor een of meer van de andere functies geïndiceerd wordt. In verband hiermee vermeldt de nota van toelichting bij deze bepaling dat het altijd om een instelling moet gaan die voor meer functies dan alleen verblijf is toegelaten. Verder gaat de nota in op het feit dat deze functie niet de dagzorg of de dag- en nachtopvang omvat. 'Logeren' in de zin van dat de verzekerde dag en nacht in de instelling verblijft valt dan wel onder art. 9, terwijl 'logeren' louter als nachtopvang onder begeleiding valt.⁹¹ Huishoudelijke verzorging maakt onderdeel uit van het verblijf; hier hoeft dus geen aparte indicatie meer voor te worden verkregen. Hetzelfde geldt voor geestelijke verzorging, recreatieve en sociaal-culturele voorzieningen.⁹²

Het indiceren van zorg gebeurt sinds 1 april 2003 eveneens in deze functies. De zorgzwaarte wordt daarbij in klassen aangegeven. Aldus kan het zorgkantoor voor iemand de omvang van het persoonsgebonden budget bepalen. Daarnaast is het nog steeds mogelijk dat iemand kiest voor zorg in natura. Er worden inmiddels voorbereidingen ge-

⁸⁹ CVZ, 2003, p. 9.

⁹⁰ CVZ, 2003, p. 6.

⁹¹ Nota van toelichting bij Besluit zorgaanspraken AWBZ, 2002, p. 31.

⁹² CVZ, 2003, p. 12.

troffen om ook de bekostigingssystematiek op basis van de functies te laten plaatsvinden.⁹³

Indicatieorganen stellen dus vast of een verzekerde naar aard, inhoud en omvang op de aangevraagde AWBZ-zorg is aangewezen. Zij inventariseren de zorgbehoefte van de verzekerde, en geven daarbij aan voor welke functie(s) de verzekerde in aanmerking komt. Vervolgens kan de verzekerde ervoor kiezen zich ofwel bij een zorgaanbieder te melden om zijn zorgvraag om te zetten in daadwerkelijke zorg, ofwel hij kan zich melden bij het zorgkantoor voor aanvragen van een persoonsgebonden budget.⁹⁴

Er is gekozen voor het omschrijven van zorgaanspraken in functies, zo blijkt uit de nota van toelichting bij het Besluit zorgaanspraken, omdat op deze manier de zorgvrager zich niet steeds opnieuw hoeft te laten indiceren als hij van een ander product gebruik gaat maken.⁹⁵ Dit behoort hij echter wel te doen als de zorgbehoefte zodanig verandert dat hij gebruik moet gaan maken van andere functies.⁹⁶

6.3.3 Gevolgen voor instellingen

In de functiegerichte benadering wordt ook de vergunning of de toelating van instellingen afhankelijk van functies. Daarbij hebben instellingen de keuze zich te richten op alle functies, dan wel zich toe te leggen op slechts één of enkele. Het idee daarbij is dat daarmee een grote diversiteit van aanbieders mogelijk is, waarmee de keuzemogelijkheden voor verzekerden worden vergroot. Door het laten vervallen van de sectoren (ontschotting) kunnen bestaande aanbieders bovendien ook in andere sectoren zorg gaan bieden.⁹⁷

Zoals gezegd zal in de toekomst ook de bekostiging functiegericht plaatsvinden. De producten zullen dan zonder dat de zorgaanbieder eerst de stap naar de overheid of het CTG hoeft te maken steeds kunnen worden aangepast.

Met bovengenoemde flexibilisering zijn zorgaanbieders voor het aanbieden van zorgvormen niet meer afhankelijk van bepaalde instituties, zoals meerzorg of intramurale verpleeghuiszorg. Verpleegzorg kan dan bijvoorbeeld ook op het eigen appartement worden geleverd, mits dit op een verantwoorde wijze kan worden georganiseerd.

6.3.4 Opneming en verblijf

Uit vorenstaande vloeit voort dat voor ieder verblijf in een instelling, dat voldoet aan de omschrijving van art. 9 Bza, een indicatiebesluit vereist is van het RIO (art. 9b AWBZ juncto art. 2 Zib). Het gaat binnen deze context bovendien niet louter om verblijf, maar er dient tevens een zorgcomponent te zijn. Is uitsluitend sprake van verblijf en wordt er geen zorg geboden, zoals bijvoorbeeld het geval kan zijn bij aanleunwoningen in een woonzorgcomplex, dan hoeft het RIO geen indicatiebesluit te nemen op basis waarvan een zorgaanspraak voor verblijf in het kader van de AWBZ bestaat. In dat geval wordt er een reguliere huurovereenkomst gesloten. Daarbij kunnen dan eventueel afspraken worden gemaakt omtrent zorg of behandeling (zorgarrangementen). Voor de zorg die daarbij geboden wordt kan het wel nodig zijn dat het RIO indiceert.

⁹³ CVZ, 2003, p. 3.

⁹⁴ CVZ, 2003.

⁹⁵ Nota van toelichting bij Besluit zorgaanspraken AWBZ, 2002.

⁹⁶ Ministerie Volksgezondheid Welzijn en Sport, 2003.

⁹⁷ Nota van toelichting bij Besluit zorgaanspraken AWBZ, 2002.

Art. 9a schrijft voor dat het indicatieorgaan onafhankelijk is. Burgemeester en wethouders zijn verantwoordelijk voor de instelling van een indicatieorgaan. Ten aanzien van de samenstelling schrijft art. 4 Zib voor dat het orgaan uit tenminste vijf leden bestaat. Eén van de leden dient te worden aangewezen door de in het werkgebied van het indicatieorgaan werkzame patiënten- en consumentenorganisaties (art. 4 lid 2 Zib).

Voor de aanvraag van een zorgindicatiebesluit gelden geen vormvereisten: deze kan zowel mondeling als schriftelijk worden gedaan. (art. 5 Zib). De aanvraag kan gebeuren door zowel degene die zorg behoeft (de 'zorgvrager') als diens vertegenwoordiger. In het laatste geval moet wel schriftelijk worden aangegeven waarom de aanvraag door een vertegenwoordiger wordt ingediend. Niet duidelijk is overigens wie als vertegenwoordiger kan optreden. Het begrip is noch in het Zorgindicatiebesluit, noch in de AWBZ nader omschreven. Volgens de nota van toelichting betreft het hier een derde die persoonlijk gemachtigd is of een wettelijke vertegenwoordiger.⁹⁸ De term 'wettelijke vertegenwoordiger' wordt, zoals in het vorige hoofdstuk werd besproken, doorgaans gebruikt voor vertegenwoordigers die door de rechter aangewezen zijn. In deze enge betekenis kan 'wettelijke vertegenwoordiger' in het zorgindicatiebesluit niet bedoeld zijn, omdat in dat geval voor veel psychogeriatrische patiënten in het geheel geen indicatiebesluit zou kunnen worden genomen. De Wgbo wijst eveneens vertegenwoordigers aan voor de situatie dat er geen benoemde vertegenwoordigers zijn. Wellicht refereert de regering hieraan.

Ingevolge art. 5 lid 2 Zib heeft het indicatieorgaan de opdracht om na te gaan of de zorgvrager toestemming geeft tot het zonodig raadplegen van behandelende beroepsbeoefenaren en het gebruik maken van bij hen aanwezige medische gegevens. Ook dient het schriftelijk te vermelden of die toestemming verleend is. Het zorgindicatiebesluit vermeldt niet of een vertegenwoordiger vervangend toestemming kan verlenen indien de zorgvrager niet in staat is tot het verlenen van die toestemming. Aangenomen moet worden dat de Wgbo van overeenkomstige toepassing is.

Art. 6 verplicht het indicatieorgaan om voor zover dit voor het nemen van een indicatiebesluit van belang is een onderzoek in te stellen naar:

1. de algemene gezondheidstoestand van de zorgvrager;
2. de beperkingen die hij in zijn functioneren ondervindt als gevolg van een somatische, psychogeriatrische of psychiatrische aandoening of beperking, een verstandelijke, lichamelijke of zintuiglijke handicap of een psychosociaal probleem;
3. diens woning en de woonomgeving;
4. diens psychisch en sociaal functioneren;
5. diens sociale omstandigheden; en
6. de aard en de omvang van de aan de zorgvrager geboden professionele en niet-professionele hulp en zorg en de mogelijkheden tot continuering en uitbreiding daarvan.

Het onderzoek moet worden verricht door personen of organisaties die over voldoende deskundigheid beschikken om de aanvraag te kunnen beoordelen (art. 8 Zib).

Indien het gaat om een aanvraag voor langdurige intensieve zorg thuis of ten behoeve van langdurig verblijf in een instelling, bestaat er een onderzoeksplicht. Bovendien moet het onderzoek dan worden verricht door een deskundigenteam (art. 9 Zib). Lid 2 zegt over het deskundigenteam dat het, voor zover dit voor de aanvraag van belang kan zijn, deskundig moet zijn op de terreinen van zorg als bedoeld in art. 2 Zib, alsmede op de terreinen van de woningaanpassing en voorzieningen die op grond van de Welzijnswet 1994 en de Wet voorzieningen gehandicapten verstrekt kunnen worden. Wordt de aan-

⁹⁸ Nota van toelichting bij Zorgindicatiebesluit, 1997, p. 17.

vraag voor zorg als bedoeld in art. 3-10 Baz mede gedaan in verband met een handicap of een psychiatrische aandoening – niet zijnde een psychogeriatrische aandoening – dan moet niet het deskundigenteam advies uitbrengen aan het RIO, maar een landelijk werkende rechtspersoon die door de minister aangewezen is en die beschikt over specifieke deskundigheid op het gebied van zorg, zoals dat in art. 2 Zib omschreven is.⁹⁹

Het RIO moet binnen zes weken nadat de aanvraag is ingediend een besluit nemen (art. 12 Zib). Als een spoedige verlening van zorg noodzakelijk is dient dit binnen twee weken te gebeuren. Art. 16 geeft zelfs aan dat een uitvoeringsorgaan een verzekerde zonder een indicatiebesluit de benodigde zorg kan laten ontvangen, als onmiddellijke verlening daarvan geboden is. Dit kan voor een periode van ten hoogste twee weken.¹⁰⁰ Art. 16 Zib handelt over een zorgvoorziening in relatie tot de financiering en legitimeert dus niet tot een opneming in een bopz-aangemerkte instelling zonder dat daarvoor een bopz-grondslag aanwezig is.

In het indicatiebesluit moet het volgende zijn opgenomen:

1. De vorm(en) van zorg (als bedoeld in art. 2) waarop de zorgvrager is aangewezen (art. 13 lid 1 sub a Zib).
2. De klasse van de vorm(en) van zorg (sub b).
3. De aandoening, beperking, handicap of het probleem als gevolg waarvan de verzekerde op de vorm(en) van zorg is aangewezen (sub c).
4. De ingangsdatum de zorgvrager op de geïndiceerde vorm van zorg of vormen van zorg is aangewezen (art 13 lid 2).
5. Een geldigheidsduur (art. 15 lid 1 Zib). Bij ministeriële regeling kunnen hieraan nadere eisen worden gesteld.
6. Indien een indicatieorgaan van mening is dat andere professionele zorg dan de in art. 2 genoemde zorg noodzakelijk, of mede noodzakelijk is, geeft het daarover zo mogelijk advies (art. 13 lid 3).

6.3.5 Zorgindicaties in bopz-aangemerkte instellingen

Indien een zorgindicatiebesluit moet worden genomen alvorens iemand op te nemen in een bopz-aangemerkte afdeling van een verpleeg- of verzorgingshuis dient het besluit naast de zorgindicatie een afzonderlijk oordeel te bevatten over de noodzaak van opneming, zo bleek al in par. 6.2.5. In tegenstelling tot het nieuwe AWBZ-beleid om zorgaanspraken onafhankelijk van de plaats aan te bieden, dient het indicatieorgaan hier dus wel een uitspraak te doen over de noodzaak van opneming en verblijf in deze instelling. Als buiten de bopz-aangemerkte instelling kan worden voorzien in de benodigde zorg, zal de bopz-indicatie moeten worden afgewezen, terwijl hetzelfde besluit wel een indicatie voor de benodigde zorgaanspraken moet bevatten. Wanneer het nieuwe beleid inderdaad tot gevolg heeft dat andere zorgaanbieders dan bopz-aangemerkte instellingen meer intensieve zorg gaan aanbieden, zal in de toekomst een bopz-indicatie

⁹⁹ Hoewel nog niet officieel aangewezen, functioneren sinds 2003 het LCIG en de Landelijke Vereniging voor Indicatieorganen als zodanig aangewezen, zo blijkt uit de tijdelijke rio-regeling.

¹⁰⁰ Niet gedefinieerd in het Zorgindicatiebesluit, maar wel in art. 1 lid 1 onder h AWBZ als een ziekenfonds, een ziektekostenverzekeraar en een uitvoeringsorgaan. Een uitvoeringsorgaan (art. 1 lid 1 onder e) is een orgaan dat een publiekrechtelijke ziektekostenregeling voor ambtenaren uitvoert, en zich als zodanig bij het college zorgverzekeringen heeft aangemeld.

vaker moeten worden afgewezen. Dit heeft echter wel tot gevolg dat dan minder rechtsbescherming wordt geboden bij toepassingen van vrijheidsbeperking.¹⁰¹

6.4 Wgbo

Alleen het vaststellen van de zorgbehoefte, de zorgindicatie, bewerkstelligt nog geen opneming. Daartoe is een andere rechtsgrond noodzakelijk, die afhankelijk is van de plaats van opneming. Ten behoeve van opneming in een bopz-aangemerkte instelling moet een indicatiebesluit ingevolge art. 60 bopz genomen worden die hetzij zelf een rechtsgrond biedt tot opneming, hetzij kan resulteren in een overeenkomst. De overeenkomst vindt plaats tussen enerzijds een zorgaanbieder en anderzijds de patiënt of diens vertegenwoordiger. Ook ten behoeve van opneming in een instelling die niet is aangemerkt als psychiatrisch ziekenhuis kan een overeenkomst worden gesloten.

Indien een overeenkomst is gesloten kan naast het Zorgindicatiebesluit de Wgbo van toepassing zijn. Of dit daadwerkelijk het geval is, hangt af van aard van de zorg die geboden wordt. Bepalend voor de beoordeling of opneming onderdeel vormt van een geneeskundige behandelingsovereenkomst is de vraag of de aard van de zorg die wordt geboden gekwalificeerd kan worden als geneeskundige verrichting in de zin van art. 7:446 BW.¹⁰² Niet bij alle in het Besluit Zorgaanspraken AWBZ beschreven zorgfuncties is dit het geval. Zo volgt uit de omschrijving van persoonlijke verzorging dat deze in beginsel niet valt onder de definitie van geneeskundige verrichting, tenzij die plaatsvindt in het kader van een behandeling door een arts (zie art. 7:446 lid 3 BW).

Ook de functie 'verblijf' valt niet zonder meer onder de Wgbo. Voor deze functie geldt dat deze altijd gepaard gaat met één of meer van de andere functies, zodat deze meer bepalen of sprake is van een behandelingsovereenkomst. Wordt tijdens het verblijf uitsluitend de functie 'persoonlijke verzorging' geboden, dan is de Wgbo niet van toepassing. De opneming wordt dan geregeld door het civiele recht, en wel de algemene regels van de overeenkomst. Indien wonen en zorg gescheiden zijn kan tevens het huurrecht van toepassing zijn.

De functies 'behandeling', 'verpleging', en 'activerende begeleiding' zoals die beschreven zijn in het Besluit Zorgaanspraken kunnen wel onder de reikwijdte van het begrip geneeskundige verrichting worden geschaard. Is een patiënt naast verblijf geïndiceerd voor één of meer van deze functies dan is de Wgbo in ieder geval van toepassing. Is er uitsluitend sprake van verblijf, bijvoorbeeld in een aanleunwoning, dan geldt het reguliere huurrecht.

Indien de Wgbo niet van toepassing is rijst de vraag in hoeverre de opneming kan plaatsvinden indien de patiënt zich tegen opneming verzet. Er ontbreekt dan immers een wettelijke basis voor de dwang die dan wordt toegepast. Slechts indien een psychogeriatrische patiënt een wettelijke vertegenwoordiger heeft is die wettelijke basis aanwezig en wel in art. 1:454 BW.¹⁰³

¹⁰¹ Zie over het onderscheid in rechtsbescherming bij toepassing van vrijheidsbeperkingen uitgebreider hoofdstuk 7

¹⁰² In par. 7.3.2.1 wordt de inhoud van dit begrip nader uiteengezet.

¹⁰³ Zie ook Blankman, K., 2001. Blankman wijst erop dat in de situatie dat de Wgbo niet van toepassing is, uit de jurisprudentie naar voren komt dat wanneer een meerderjarige zich verzet tegen de keuze van verblijfplaats van de curator of mentor en terzake wilsbekwaam is, zijn mening prevaleert boven die van zijn wettelijk vertegenwoordiger. Wanneer hij echter wilsonbekwaam is gaat de mening van de mentor of curator voor.

6.5 De praktijk rondom opnemingen

6.5.1 Inleiding

In de vorige paragrafen is het wettelijk kader ten aanzien van opneming in zorgvoorzieningen uiteengezet. Deze paragraaf behandelt de praktijk ten aanzien van die opnemingen. Ingegaan wordt op instellingen die een bopz-aanmerking hebben en instellingen waarbij dat niet het geval is.

6.5.2 Bopz-aangemerkte instellingen

6.5.2.1 Juridische status

Tijdens de bopz-evaluatie van de interne rechtspositie van psychogeriatrische patiënten in 2001 bleek dat in bopz-aangemerkte verpleeghuizen 0,7% van de bewoners was opgenomen door middel van een rechterlijke machtiging, en 0,06% met een inbewaringstelling. 20,7% van de patiënten was vrijwillig opgenomen. In de deelnemende verzorgingshuizen was het aantal bewoners met een rechterlijke machtiging verwaarloosbaar en waren in het geheel geen psychogeriatrische patiënten met een inbewaringstelling opgenomen. 85,4% had hier een bopz-indicatie en 15,8% was vrijwillig opgenomen.¹⁰⁴ Uit de gegevens die de Inspectie over rechterlijke machtigingen en inbewaringstellingen via internet publiceert, blijkt dat in 2003 het aantal rechterlijke machtigingen en inbewaringstellingen in de psychogeriatric gestegen is.¹⁰⁵ Een deel van de stijging kan worden toegeschreven aan de toename van het aantal psychogeriatrische patiënten. Dit verklaart echter niet volledig de omvang van de toename.

6.5.2.2 Indicatiestelling

De tweede bopz-evaluatie van de externe rechtspositie van psychogeriatrische patiënten richtte zich uitsluitend op het functioneren van de art. 60 bopz-indicatieprocedure.¹⁰⁶ Uit dit in 2001 uitgevoerde onderzoek kwam het volgende naar voren.

Er zijn 85 regionale indicatieorganen. In het bestuur van ieder orgaan zijn de partijen vertegenwoordigd die door het Zorgindicatiebesluit 1997 zijn aangewezen, te weten de gemeente, de zorgaanbieders, het zorgkantoor, de huisartsen en de patiënten.

Het grootste deel van de indicatiecommissies laat het onderzoek naar de noodzaak voor opneming uitvoeren door een eigen indicatieadviseur. Een klein deel van de RIO's voert

¹⁰⁴ Arends, L.A.P., K. Blankman en B.J.M. Frederiks, 2002, p. 44-45. In 1996 merkten Puts en Knapen op dat het aantal vrijwillige opnemingen afnam. Dit lijkt erop te duiden dat vaker de bekwaamheid ten aanzien van de opnemingsbeslissing in twijfel wordt getrokken. Of deze trend zich heeft voortgezet is niet duidelijk omdat dit tijdens de tweede bopz-evaluatie niet meer is onderzocht.

¹⁰⁵ Zie Inspectie voor de Gezondheidszorg, Bopzis-3 info 2002/4, 2003, Bopzis-3 info 2003/4, 2004. Vergelijking laat zien dat het aantal rechterlijke machtigingen is toegenomen van 220 in 2002 tot 272 in 2003. Het aantal inbewaringstellingen nam toe van 93 naar 118. De gegevens maken overigens niet duidelijk of de machtigingen en inbewaringstellingen worden afgegeven voor verpleeghuizen, verzorgingshuizen, of voor psychiatrische ziekenhuizen. Ook is de omvang van de stijging niet in percentage te berekenen, omdat geen gegevens bekend zijn over het aantal psychogeriatrische bewoners in bopz-aangemerkte instellingen in de jaren 2002 en 2003.

¹⁰⁶ Ginneken, P.P.J.N., van, Externe rechtspositie in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptensector, 2002. In deze paragraaf is voor de praktijkgegevens met betrekking tot de indicatieopneming van dit rapport gebruik gemaakt, tenzij anders wordt vermeld.

de indicatie voor psychogeriatricie (zowel de AWBZ- als de bopz-indicatie) niet zelf uit, maar laat deze over aan een RIAGG-medewerker. Als iemand reeds intramuraal verblijft wordt het onderzoek veelal uitgevoerd door iemand van de instelling zelf. Veel RIO's werken met een multidisciplinair deskundigenteam waar alle aanvragen worden besproken. Dit team stelt uiteindelijk ook het onderzoeksrapport vast.

De aanvraag wordt zelden door de psychogeriatricische patiënten zelf gedaan. Het aanvraagformulier is vrijwel altijd ondertekend door een familielid. De meeste RIO's leiden uit een handtekening van de betrokkene niet af dat hij instemt met de opneming.¹⁰⁷ Redenen hiervoor zijn dat de zorgvrager dikwijls niet weet wat hij ondertekent, of dat hij onder druk is gezet om te tekenen.¹⁰⁸ De meeste psychogeriatricische patiënten zijn volgens de RIO's niet in staat om blijk te geven van de nodige bereidheid voor opneming. Opmerkelijk is de bevinding uit het onderzoek van Robben en Van de Schepop, dat het merendeel van de RIO's in zijn protocollen niet heeft vastgelegd hoe de wilsbekwaamheid moet worden beoordeeld en dat de Vereniging van Nederlandse Gemeenten opmerkte dat het niet aan de indicatiecommissies is om de wilsbekwaamheid te beoordelen.¹⁰⁹ Desondanks constateerden Puts en Knapen tijdens de eerste bopz-evaluatie nog wel dat de wilsbekwaamheid door de meeste indicatiecommissies werd onderzocht.¹¹⁰

RIO's blijken vaak moeite te hebben met het (zowel mondeling als schriftelijk) wijzen van betrokkenen op de mogelijkheid van verzet tegen opneming. Volgens de respondenten worden psychogeriatricische patiënten door de mededeling onnodig 'getriggerd' om verzet te uiten.

Het verzet wordt door vrijwel alle RIO's gewogen: het dient uitdrukkelijk en persistent te worden geuit en bovendien een reële betekenis te hebben.¹¹¹ Overigens maakt De Keijzer in 1994 reeds gewag van afspraken die zijn gemaakt met de rechterlijke macht, de

¹⁰⁷ In 1997 werd nog geconstateerd dat bereidheid tot opneming wel werd afgeleid uit een handtekening van betrokkene onder het aanvraagformulier. Deze werd dan ook niet meer schriftelijk noch mondeling gewezen op de mogelijkheid om verzet tegen de opneming aan te tekenen. Deze laatste bevinding komt overeen met het onderzoek van van Ginneken Robben, P. en A. Schepop, van de, 1997, p. 170 Tijdens de eerste bopz-evaluatie vonden de onderzoekers eveneens dat RIO's de handtekening van de betrokkene niet voldoende was om aan te nemen dat er voldoende bereidheid was. Ook hier wordt echter geconstateerd dat de aanwezigheid handtekening van betrokkene voldoende reden is om geen informatie te verzenden over de mogelijkheid van bezwaar. Zie Puts, P. en M.H.J.M. Knapen, 1996, p. 59-63.

¹⁰⁸ Zie hierover ook Keijzer, J., de, 1994, p. 703.

¹⁰⁹ Robben, P. en A. Schepop, van de, 1997, p. 172.

¹¹⁰ Puts, P. en M.H.J.M. Knapen, 1996, p. 57.

¹¹¹ Zie Veen, E.B., van, 1991, p. 491 die betoogt dat niet elke beperking van de bewegingsvrijheid een vrijheidsbeneming is en stelt dat hiervan bij psychogeriatricische patiënten pas zou kunnen worden gesproken als zij in hun wens willen persisteren en dat in dat geval de voortzetting van het verblijf door de rechter zal moeten worden getoetst. Ook de Vereniging van Nederlandse Gemeenten adviseerde dat het verzet verbaal of non-verbaal, naschriftelijk en persistent diende te zijn en een reële betekenis of diepgang diende te hebben. Bovendien werd geadviseerd dat de vragen enigszins directief gesteld moesten worden, zonder te manipuleren, omdat de verzoeker anders altijd ja zegt tegen de vraag of hij bezwaar heeft en dan een RM nodig is voor een opname. De meeste RIO's hebben deze suggesties overgenomen. Zie naast het onderzoek van van Ginneken ook Robben, P. en A. Schepop, van de, 1997, p. 170.

regionale inspectie, het RIO en de RIAGG over de te volgen procedures, waarbij zowel de bereidheid wordt gewogen als ook het bezwaar. De nodige bereidheid is uitsluitend aanwezig als de persoon in kwestie met eigen woorden kan aangeven dat de bereidheid zich richt op het verblijf in een intramurale voorziening. Ook het bezwaar dient zich specifiek te richten op verblijf in een intramurale voorziening. Bovendien geldt dat de betrokkene zich expliciet in eigen bewoordingen uitspreekt over een persistent, nadrukkelijk en reëel bezwaar tegen het verblijf. Een persoon die bezwaar maakt tegen uithuisplaatsing, maar geen alternatieven kan aandragen en niet kan aangeven wat hij verstaat onder een verpleeghuisopname, wordt in deze visie niet gezien als iemand die zich verzet tegen opnemning. Op die manier kan opnemning via een art. 60-indicatie worden werkstelligd.¹¹²

Als geconcludeerd wordt dat een patiënt zich tegen opnemning verzet, bevat de brief van het RIO waarin de psychogeriatrische indicatie aan de betrokkene wordt meegegeeld, naast de zorgindicatie slechts de mededeling dat er sprake is van verzet. Daarmee wordt de taak beëindigd geacht.

Ten behoeve van de indicatiestelling is een diagnose dementie nodig. Afhankelijk van de plaats waar de betrokkene verblijft kan deze diagnose worden gesteld door een huisarts, een geriater, een verpleeghuisarts of een specialist. Opgemerkt wordt dat huisartsen soms wat vlot zijn met het stellen van een diagnose dementie.¹¹³

In 2001 werd het indicatiebesluit door de meeste RIO's niet vervat in een afzonderlijk stuk. Het goedgekeurde onderzoeksrapport vormde tevens het besluit, terwijl het door de indicatieadviseur ingevulde bopz-formulier door het RIO werd gezien als het bopz-oordeel.

Van Ginneken vermoedt dat de RIO's geen afzonderlijke toets uitvoeren om na te gaan of er een noodzaak tot opnemning is omdat een psychogeriatrische patiënt zich niet buiten de instelling kan handhaven (criterium art. 60). Volgens hem wordt slechts onderzocht of deze in aanmerking komt voor verpleeghuiszorg (criterium art. 9a ABWZ 2001).¹¹⁴ Hij stoelt dit vermoeden op twee constatering:

1. Het RIO kiest pas voor een zwaardere zorgvorm als die noodzakelijk is. Als het RIO de situatie van betrokkene voldoende zwaar acht om hem in aanmerking te laten komen voor 24-uurszorg in een psychogeriatrisch verpleeghuis, staat de noodzaak tot opnemning daarmee vast.
2. Bij afwijzingen wordt de indicatie vaak omgebogen in een minder zware vorm van zorg. Het oordeel is dan altijd dat betrokkene voldoende geholpen is met een minder zware en dus goedkopere vorm van zorg. De vraag of betrokkene zich niet buiten een verpleeghuis kan handhaven speelt daarbij dan geen rol.

Uit het onderzoek blijkt voorts dat zelden een bopz-oordeel wordt gevraagd teneinde dwangbehandeling te kunnen toepassen bij vrijwillig opgenomen patiënten. Dit blijkt

¹¹² Keijzer, J., de, 1994, p. 703-705.

¹¹³ Dit is niet in overeenstemming met ander onderzoek, waar gesteld wordt dat bij huisartsen juist sprake is van onderdiagnostiek. Als de diagnose dementie door een huisarts wordt gesteld is deze echter meestal juist. Wind, A.W., J. Gussekloo, M.J.F.J. Vernooij-Dassen, et al., 2003, p. 755. Zie ook het in dit artikel aangehaalde onderzoek in noot 3.

¹¹⁴ Ginneken, P.P.J.N., van, Externe rechtspositie in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptensector, 2002, p. 50.

tevens uit het onderzoek naar de interne rechtspositie¹¹⁵ en wordt ondersteund door het geringe aantal rechterlijke uitspraken vanuit de psychogeriatric.¹¹⁶

De uiteindelijke beschikking, een brief, wordt veelal een tot twee maanden na de aanvraag verzonden, in het algemeen niet aan de zorgvrager – hoewel die wel aan deze is gericht – maar aan de familie. Niet altijd wordt in de brief een termijn aangegeven.¹¹⁷ Dikwijls verwijzen de brieven niet expliciet naar een bopz-oordeel. De meeste brieven bevatten een verwijzing naar de mogelijkheid van het aantekenen van bezwaar en beroep. Vrijwel geen van de onderzochte RIO's kreeg met een bezwaar tegen een genomen beslissing te maken.

Enkele RIO's kennen een procedure voor een crisisopname, waarbij later de opname, inclusief de bopz-indicatie, door het RIO wordt gefiatteerd.

De meeste RIO's bekijken het bopz-oordeel voor de opneming niet meer opnieuw, ook al is geruime tijd tussen indicatie en opneming verstreken. Deze bevinding wordt ondersteund door het onderzoek van Robben en Van de Schepop die vonden dat in de protocollen die worden gebruikt ten behoeve van de opnemingsprocedure niet wordt aangegeven op welk moment een bopz-verklaring moet worden afgenomen. Zij noemen dit opmerkelijk aangezien de wachttijd voor opname in een verpleeghuis ten tijde van het onderzoek gemiddeld een half jaar bedroeg.¹¹⁸

6.5.2.3 Rechterlijke machtigingen en inbewaringstellingen

Bij de tweede bopz-evaluatie zijn de rechterlijke machtiging en de inbewaringstelling in de psychogeriatric niet meer geëvalueerd, zodat hier moet worden teruggevallen op de eerste evaluatie.¹¹⁹ In dit onderzoek, dat in de drie bopz-sectoren werd uitgevoerd, is niet veel aandacht besteed aan verschillen tussen de sectoren. Toch komen enkele knelpunten naar voren die specifiek voor de psychogeriatric zijn.

De criteria, nodige bereidheid, bezwaar en verzet zijn multi-interpretabel en derhalve moeilijk toepasbaar in de praktijk. Een gevolg daarvan is bijvoorbeeld dat tussen familieleden en medewerkers in verpleeghuizen soms onenigheid ontstaat over de mogelijkheid om iemand onvrijwillig op te nemen.

De onafhankelijkheid die nodig is voor het opstellen van een geneeskundige verklaring voor psychogeriatrische patiënten die reeds zijn opgenomen in een instelling, is niet altijd gewaarborgd. Dit komt omdat er geen geneesheer-directeur is die – beter dan een behandelend arts – een onafhankelijke verklaring kan opstellen. Sinds het onderzoek is de Wet bopz echter zodanig aangepast dat de onafhankelijkheid beter gewaarborgd is.

De termijn van twee weken waarbinnen een rechterlijke machtiging ten uitvoer moet worden gelegd is met name in psychogeriatrische verpleeghuizen vaak te kort om de opneming te kunnen realiseren. Een bijkomend probleem is dat er geen druk achter de opneming kan worden gezet door het ontbreken van de mogelijkheid een bevel tot opneming te geven.

Sinds de inwerkingtreding van de Wet bopz dienen naast psychiatrische patiënten ook rechterlijke machtigingen te worden afgegeven voor gedwongen opnemingen van psychogeriatrische patiënten, minderjarigen en verstandelijk gehandicapten. Deze uitbreiding heeft in tegenstelling tot hetgeen vooraf gevreesd werd niet geleid tot een substantiële toename van het aantal procedures. Opmerkelijk is dat desondanks uit het onder-

¹¹⁵ Arends, L.A.P., K. Blankman en B.J.M. Frederiks, 2002.

¹¹⁶ Zie par. 6.2.3.1.

¹¹⁷ In 2001 kon deze voor verpleeghuizen nog worden verstrekt voor onbepaalde duur.

¹¹⁸ Robben, P. en A. Schepop, van de, 1997, p. 169.

¹¹⁹ Keizer, M.P., R.F. Kouwenberg, E. Leuw en N.M. Mertens, 1996.

zoek naar voren komt dat de werklast onder de Wet bopz is toegenomen voor de zittende magistratuur en haar ondersteuning. Als een van de oorzaken daarvoor wordt genoemd het feit dat psychogeriatrische patiënten onder de wet zijn gebracht.

De onderzoekers constateren een rechtsongelijkheid tussen psychiatrische ziekenhuizen in enge zin en alle overige instellingen waar de Wet bopz van toepassing is voor wat betreft de bezoekplicht van de OvJ. Aanbevolen wordt om de bezoekplicht ook uit te breiden naar de overige instellingen.

Uit het tweede evaluatie-onderzoek naar de interne rechtspositie van bopz-patiënten blijkt dat bij psychogeriatrische patiënten die via een rechterlijke machtiging worden opgenomen na korte tijd veelal geen verzet meer is tegen de opname. Daardoor wordt de machtiging in het algemeen na afloop van de termijn niet meer verlengd en verblijven de bewoners vervolgens vrijwillig in de instelling. Ook bij patiënten die aanvankelijk vrijwillig werden opgenomen, maar die in een later stadium niet meer in staat zijn om aan te geven of ze nog bereid zijn om in de instelling te verblijven, of om verzet daartegen te uiten, wordt doorgaans de juridische status niet meer gewijzigd door een art. 60-indicatie aan te vragen. In het algemeen is er geen verschil in zorgbehoefte en behandeling tussen psychogeriatrische patiënten die vrijwillig, gedwongen of via een bopz-indicatie zijn opgenomen.¹²⁰

6.5.3 Stand van zaken overige instellingen

Ten aanzien van het aantal personen met een psychogeriatrische aandoening dat opgenomen is en verblijft in instellingen waar de Wet bopz niet van toepassing is, is een globale indicatie verkregen. Dit is gebeurd via de onderzoeken naar implementatieproblemen van de Wet bopz in verzorgingshuizen en de toepassing van vrijheidsbeperkingen op plaatsen waar de Wet bopz niet geldt.¹²¹ De cijfers in onderstaande tabel geven slechts een globale indicatie, omdat de meeste zorgaanbieders geen registraties bijhouden.

Tabel 6-1 Aantal zorgaanbieders met psychogeriatrische patiënten; aantal opgenomen psychogeriatrische patiënten (in %)

Zorgaanbieder	N=	Percentage met pg-patiënten	Aantal opgenomen pg-patiënten			
			1-9	10-29	30-99	>100
KWV	34	100,0	31,8	36,4	9,1	22,7
Verzorgingshuizen	185	94,4	23,7	64,7	35,3	0
Ziekenhuisafdelingen	443	87,2	45,2	29,8	13,1	11,9
Woonzorgcomplexen	118	83,1	8,0	66,0	20,0	6,0

Het overgrote deel van de patiënten is niet met een bopz-status opgenomen. Omdat het geen instellingen betreft die een aanmerking hebben verkregen als psychiatrisch ziekenhuis in de zin van de Wet bopz is dit in beginsel ook niet mogelijk. Desondanks wordt bij alle categorieën zorgaanbieders door een aantal instellingen aangegeven dat er patiënten met een bopz-indicatie worden geherbergd. Veelal staan deze patiënten op een wachtlijst voor een instelling met een bopz-aanmerking en moet in tussenliggende tijd zorg worden geboden. Het komt echter ook wel voor dat patiënten fictief op de wacht-

¹²⁰ Arends, L.A.P., K. Blankman en B.J.M. Frederiks, 2002.

¹²¹ Arends, L.A.P., 2001, Beperkt door zorg, 2004.

lijst staan. De patiënt staat hier dan uitsluitend op omdat dit formeel moet, maar verder is men van plan binnen de eigen setting zorg te blijven bieden.¹²²

Problemen met wettelijke kaders worden door het veld met betrekking tot de opneming niet ervaren. Men volgt de voorgeschreven procedures via de AWBZ en het Zorgindicatiebesluit. Ten tijde van de onderzoeken gebeurde dit overigens nog niet functiegericht, omdat het nieuwe Besluit zorgaanspraken nog niet van toepassing was. Na opneming volgt dikwijls de opstelling van een zorg- en/of behandelplan op basis van de Wgbo. Overigens is bij de meeste geïnterviewden weinig kennis aanwezig hoe opnemingen juridisch geregeld zijn.

Niet onderzocht is wie toestemming voor opneming geeft: de patiënt zelf of een vertegenwoordiger. Ook is niet bekend welk percentage van de patiënten een psychogeriatrische aandoening ontwikkelt na opneming en welk percentage mede als gevolg van deze aandoening is opgenomen.

6.6 Evaluatie van de wettelijke regelingen

6.6.1 Inleiding

In de inleiding van dit hoofdstuk werd aangegeven dat opneming in zorgvoorzieningen voor psychogeriatrische patiënten een ingrijpende aangelegenheid is. Ten behoeve van opneming in instellingen die daartoe door de minister aangewezen zijn, is dan ook een regeling getroffen, de Wet bopz. Deze wet schrijft voor dat een opneming in deze instellingen uitsluitend onvrijwillig kan plaatsvinden onder de daar beschreven voorwaarden en wanneer de juiste procedures worden gevolgd. Verder zijn bij opneming de AWBZ en het daarop gebaseerde Zorgindicatiebesluit, alsmede de Wgbo van belang. Deze wetten zijn alle in dit hoofdstuk besproken. Ook werd ingegaan op de wijze waarop deze wetten in de praktijk worden uitgevoerd.

In deze paragraaf worden de wettelijke regelingen aan de hand van de in hoofdstuk 4 opgestelde toetsingcriteria nader geanalyseerd. Daartoe wordt allereerst ingegaan op de aanvaardbaarheid van de uitgangspunten van die wetten. Daarna volgt een bespreking van de noodzaak voor regelgeving met betrekking tot opneming, waarbij onder meer wordt ingegaan op het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Evrn). In paragraaf 6.6.4 tot en met 6.6.7 worden de doelstellingen, de toepasbaarheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de relevante wetgeving behandeld.

6.6.2 Aanvaardbaarheid

In hoofdstuk 4 werd beschreven dat een wettelijke regeling aanvaardbaar is als haar doelstellingen, maar ook de beginselen die eraan ten grondslag liggen, worden onderschreven. Betoogd werd bovendien dat bij toepassing van vrijheidsbeperking in de zorg een balans zou moeten zijn tussen vrijheid en zelfbeschikking enerzijds en bescherming anderzijds. Het beginsel van goede en verantwoorde zorg werd voorgesteld als zorgvuldigheidsnorm bij het vinden van die balans. Aldus kan een menswaardige behandeling worden bewerkstelligd. Dit model kan niet alleen worden toegepast op vrijheidsbeperking, maar gaat evenzeer op voor vrijheidsbeneming, aangezien vrijheidsbeneming als 'overtreffende trap' kan worden beschouwd van vrijheidsbeperking.¹²³ De argumenten om tot vrijheidsbeneming over te gaan moeten nog zwaarwegender zijn dan bij vrijheidsbeperking, omdat de inbreuk op de vrijheid groter is.

¹²² Arends, L.A.P. en T. Stigter, 2003.

¹²³ Zie hieronder par. 6.6.3.1.

In dit hoofdstuk werd gezien dat opnemings in een zorginstelling niet per definitie kan worden beschouwd als vrijheidsbeneming. Indien een patiënt niet zelf weloverwogen met opnemings instemt maar de beslissing door iemand anders wordt genomen, kan de opnemings echter wel worden beschouwd als een vrijheidsbeperking. Het is vervolgens afhankelijk van de feitelijke omstandigheden of de opnemings en het daarmee gepaard gaande verblijf als vrijheidsbeneming moet worden beschouwd.

De Wet bopz is de enige wet die opnemings in zorginstellingen regelt. Zij geldt uitsluitend bij opnemings in zorginstellingen die zijn aangemerkt als psychiatrisch ziekenhuis. Afhankelijk van de wilsuited van de patiënt wordt een dieldeling gemaakt in de patientengroepen. Die heeft gevolgen voor de wijze waarop de opnemings plaatsvindt. Wanneer de patiënt weloverwogen instemt met de opnemings, is geen sprake van vrijheidsbeperking of vrijheidsbeneming. De opnemings vindt dan vrijwillig plaats en de Wet bopz is niet van toepassing. Indien de patiënt zich tegen de opnemings verzet is sprake van vrijheidsbeneming. De Wet bopz schrijft voor die situatie toetsing van de opnemings door een rechter voor. Deze maakt onder andere een afweging tussen inbreuk op zelfbeschikking en vrijheid enerzijds en gevaar anderzijds.

Indien de patiënt niet de nodige bereidheid toont tot opnemings maar zich daartegen ook niet verzet, beschouwt de wetgever dit in ieder geval als vrijheidsbeperkend en mogelijk als vrijheidsbeneming. Er geldt een lichtere opnemingsprocedure, waarbij een afweging wordt gemaakt tussen een inbreuk op de vrijheid enerzijds en de (on)mogelijkheid om zich buiten de instelling te kunnen handhaven anderzijds. Bij verzet tegen opnemings of verblijf in een later stadium dient alsnog de rechterlijke procedure te volgen.

Met dit systeem voldoet de Wet bopz aan het theoretische model. Ongeacht de wijze waarop de opnemings plaatsvindt wordt een balans gezocht tussen vrijheid, zelfbeschikking en bescherming. Hoewel de doelstellingen van de Wet bopz enger zijn geformuleerd – deze richten zich immers voornamelijk op zelfbeschikking – kan voor wat betreft de opnemings worden geconstateerd dat het wettelijk kader aanvaardbaar is.

6.6.3 Noodzaak wetgeving en externe verticale consistentie

De aanwijzingen voor de regelgeving schrijven voor dat pas tot een wettelijke regeling wordt overgegaan als de noodzaak ervan is komen vast te staan. In dit geval vloeit die voort uit het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Evrn). Hieronder wordt dit nader uiteengezet. Daarnaast dient de regelgeving te voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Dit wordt in 6.6.3.2 behandeld.

6.6.3.1 Evrm

Art. 5 lid 1 Evrn bepaalt dat eenieder recht heeft op vrijheid en veiligheid van zijn persoon en dat niemand zijn vrijheid mag worden ontnomen, behalve in de in die bepaling omschreven gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure. Voor psychogeriatrische patiënten is met name sub e relevant. De letterlijke tekst daarvan luidt:

‘in het geval van rechtmatige vrijheidsbeneming van personen ter voorkoming van de verspreiding van besmettelijke ziekten, van geesteszieken, van verslaafden aan alcohol of verdovende middelen of van landlopers’

Daarnaast zijn twee passages uit art. 2 Vierde Protocol bij het Evrn belangrijk:

‘1. Eenieder die wettig op het grondgebied van een Staat verblijft, heeft binnen dat grondgebied het recht zich vrijelijk te verplaatsen en er vrijelijk zijn verblijfplaats te kiezen.

3. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden gebonden dan die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid of van de openbare veiligheid, voor de handhaving van de openbare orde, voor de voorkoming van strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of van de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

Vier arresten van het Europees Hof laten zien dat de bepalingen uit het Evrm en het Vierde Protocol als uitersten van een glijdende schaal moeten worden beschouwd.¹²⁴ De beoordeling waar een bepaalde maatregel moet worden ingedeeld is afhankelijk van de aard, de duur, de effecten en de wijze van tenuitvoerlegging van die maatregel. Het gaat hierbij steeds om een weging van de feitelijke omstandigheden. Wanneer sprake is van vrijheidsbeneming moet de wetgeving aan zwaardere eisen voldoen dan ingeval van vrijheidsbeperkingen. Voor beide situaties is echter een wettelijke basis noodzakelijk. Alle vier zaken betroffen opnemingen in een zorgvoorziening. In twee gevallen was het EHRM van oordeel dat het om een vrijheidsbeneming ging en in de andere twee luidde de uitspraak dat de opneming diende te worden gekwalificeerd als vrijheidsbeperking.

H.M. tegen Zwitserland

Een psychogeriatrische patiënte (H.M.) woont samen met haar zoon. Tot maart 1996 ontving zij thuiszorg. Betrokkene en haar zoon gaven zo weinig medewerking en het huis was dermate vervuild dat de thuiszorg gestaakt werd. Ook de huisarts bezocht betrokkene niet meer. In december 1996 wordt de vrouw op last van het plaatselijk bestuur in een verpleeghuis geplaatst. De reden daarvoor is 'ernstige verwaarlozing'. Dit wordt onder meer gebaseerd op het ontbreken van noodzakelijke medische verzorging en het feit dat het onzeker was of betrokkene voldoende te eten had. De vrouw en haar zoon zijn het niet eens met het besluit van het bestuur en gaan daartegen in beroep bij een beroepscommissie ('Rekurskommission'). Zowel het beroep, alsook het hoger beroep dat daarna wordt ingesteld bij het Bundesgericht, worden afwezen. Ondertussen stemt de vrouw in om verder vrijwillig in het verpleeghuis te blijven.

Desondanks legt de zoon een klacht neer bij het Europees Hof, waarin hij stelt dat zijn moeder tegen haar wil in het verpleeghuis was geplaatst. Volgens hem is het irrelevant dat zij later akkoord is gegaan met het voortzetten van het verblijf, omdat zij niet instemde met de oorspronkelijke beslissing tot opneming, die heeft geleid tot de vrijheidsbeneming. Het Hof oordeelt echter dat het in dit geval geen vrijheidsbeneming in de zin van art. 5 lid 1 Evrm betreft, maar een vrijheidsbeperking in de zin van art. 2 van het Vierde Protocol bij het Evrm. Daarbij spelen de feitelijke omstandigheden een grote rol. De moeder van appellant had een alternatieve vorm van zorg thuis geweigerd, en haar levensomstandigheden waren thuis verder dusdanig verslechterd dat de bevoegde autoriteiten besloten in te grijpen. Daarnaast werd de betrokkene niet geplaatst op de gesloten afdeling van het verpleeghuis en maakte zij – in tegenstelling tot haar zoon, de appellant, – weliswaar bezwaar tegen de opneming, maar eenmaal opgenomen niet meer tegen het verblijf.

Ook in het arrest *H.M. tegen Zwitserland* overweegt het Hof net als in eerdere jurisprudentie dat het verschil tussen vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking een glijdende schaal betreft.¹²⁵ In dit geval concludeert het Hof dat er sprake is van vrijheidsbeperking

¹²⁴ Winterwerp, EHRM 24-10-'79, NJ 114, 1980, Ashingdane, EHRM, 28-5-'85, NJ 623, 1991, Nielsen, EHRM, 28-11-'88, NJ 541, 1991, *H.M. -Zwitserland*, EHRM, 26-2-'02, BJ 2, 2002. Zie over dit onderwerp eveneens par. 7.3.4.

¹²⁵ Uitgebreid wordt verwezen naar de zaak Nielsen tegen Denemarken waarin het EHRM eveneens bepaalde dat sprake was van vrijheidsbeperking en niet van -beneming. In deze zaak werd een minderjarige tegen diens wil op verzoek van zijn moeder op een gesloten

en niet van –beneming, mede vanwege het feit dat de psychogeriatrische patiënte zich na opneming niet meer verzette tegen het verblijf. Opvalt dat ondanks het feit dat de patiënte niet meer aangeeft niet in het verpleeghuis te willen verblijven, het Hof nog steeds vindt dat er sprake is van vrijheidsbeperking. Uit deze stellingname zou kunnen worden afgeleid dat het plaatsen van een wilsonbekwame patiënt in een zorgvoorziening in ieder geval moet voldoen aan de in art. 2 lid 3 van het Vierde Protocol bij het Evrm gestelde voorwaarden:

1. De wet voorziet expliciet in de mogelijkheid van vrijheidsbeperking;
2. De beperking moet in een democratische samenleving noodzakelijk zijn (o.a.) ter bescherming van de gezondheid of ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Indien een opneming en het daarop aansluitende verblijf kan worden bestempeld als vrijheidsbeneming, moet de opnemingsprocedure voldoen aan de door art. 5 Evrm gestelde voorwaarden:

1. Er moet sprake zijn van een geestelijke stoornis, die volgens het Winterwerp-arrest op basis van een objectief medisch oordeel is vastgesteld.
2. De vrijheidsbeneming dient te worden bewerkstelligd in overeenstemming met een door de wet voorgeschreven procedure.
3. De betrokkene wiens vrijheid is ontnomen heeft het recht voorziening te vragen bij het gerecht, opdat deze spoedig beslist over de rechtmatigheid van zijn vrijheidsbeneming en zijn invrijheidsstelling beveelt indien de vrijheidsbeneming onrechtmatig is. Daarbij is niet alleen van belang dat deze toegang procedureel goed geregeld is. Uit het Winterwerp-arrest volgt dat die ook feitelijk gewaarborgd dient te zijn. Overigens wordt in dit arrest tevens aangegeven dat de rechter in dit verband niet een persoon of instantie behorende tot de rechterlijke macht hoeft te zijn, maar dat het wel moet gaan om een onafhankelijk orgaan.¹²⁶

Uit het voorgaande volgt dat opnemingen van personen die daar niet weloverwogen mee instemmen in ieder geval zouden moeten voldoen aan de voorwaarden van art. 2 lid 3 van het Vierde Protocol, omdat ze kunnen worden beschouwd als vrijheidsbeper-

afdeling van een psychiatrisch ziekenhuis geplaatst. Hier overwoog het EHRM dat sprake was van vrijheidsbeperking en niet van –beneming: 'The restrictions on the applicant's freedom of movement and contacts with the outside world were not much different from restrictions which might be imposed on a child in a ordinary hospital: it is true that the door of the Ward, like all children's wards in the hospital was locked, but this was to prevent the children exposing themselves to danger or running around and disturbing other patients; the applicant was allowed to leave the Ward, with permission, to go for instance to the library and he went with other children, accompanied by a member of the staff, to visit playgrounds and museums and for other recreational and educational purposes (...)' In deze zaak wordt de periode van een aantal maanden die de opneming duurde niet abnormaal gevonden. Nielsen, EHRM, 28-11-'88, NJ 541, 1991.

¹²⁶ Zie Legemaate, J., Artikel 5, 1994, p. 61, Boven, J.J.A., van, 2003, p. 18. Beide auteurs wijzen er terecht op dat, in tegenstelling tot wel gedacht wordt, de eis dat een rechter vooraf bij een beslissing tot opneming betrokken is, niet rechtstreeks uit het Evrm voortvloeit. Art. 5 Evrm stelt dat de eis dat vrijheidsbeneming bij personen met een geestesstoornis slechts mogelijk is in overeenstemming met een wettelijk voorgeschreven procedure. Het Evrm waarborgt uitsluitend het recht om een rechterlijk oordeel te vragen over de rechtmatigheid van de opneming. De Wet bopz is op dit punt strenger, echter wel in overeenstemming met het Evrm.

king. Kan het verblijf voorts worden gekwalificeerd als vrijheidsbeneming, dan dienen bovendien de richtlijnen van art. 5 Evrm te worden gevolgd.

Een op 5 oktober 2004 gewezen arrest van het EHRM scherpt bovengenoemde eisen van art. 5 Evrm verder aan.¹²⁷

Een autistische patiënt kan niet praten en heeft een beperkt bevattingvermogen. Hij is handelingsonbevoegd ten aanzien van het verlenen of onthouden van toestemming aan medische behandelingen. Dertig jaar wordt hij verpleegd en behandeld in een intramurale instelling. In 1994 wordt hij op experimentele basis ondergebracht bij betaalde verzorgers, het echtpaar E., thuis. Omdat hij formeel niet wordt ontslagen, blijft de instelling verantwoordelijk voor diens zorg en behandeling. Vanaf 1995 gaat hij één keer per week naar een centrum voor dagzorg. Tijdens één van die keren, op 22 juli 1997, is hij dermate onrustig en automutilatief dat besloten wordt hem in de instelling op te nemen. De betaalde verzorgers hebben hier geen inspraak in. De opneming kan niet worden beschouwd als onvrijwillige opneming in de zin van de Mental Health Act die in Groot-Brittannië van toepassing is, omdat H.L. volgens de beoordelend arts 'compliant' was en 'did not resist admission'. Daarom geldt H.L. als 'informele patiënt' en kon hij volgens de common law, worden opgenomen, waarin een noodzakelijkheids criterium wordt gehanteerd als opnemingsgrond.

In de procedure voor het EHRM staan drie onderdelen ter discussie:

1. Het ging in deze zaak feitelijk om vrijheidsbeneming en daarom zou deze beoordeeld moeten worden op grond van art. 5 Evrm
2. De vrijheidsbeneming was niet in overeenstemming met het in lid 1 van art. 5 Evrm neergelegde vereiste 'in accordance with a procedure prescribed by law'
3. Een directe toegang tot de rechter was niet gewaarborgd zoals wordt voorgeschreven door art. 5 lid 4 Evrm.

Ook in dit arrest herhaalt het EHRM het feit dat het onderscheid tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming 'merely one of degree or intensity and not one of nature or substance' is. In dit geval voegt het Hof daaraan toe dat het recht op vrijheid van dermate groot belang is in een democratische samenleving dat iemand niet de bescherming van het Evrm kan verliezen vanwege het enkele feit dat 'he may have given himself up to be taken into detention, especially when it is not disputed that that person is legally incapable of consenting to, or disagree with, the proposed action'. Doorslaggevend vindt het Hof hier de feitelijke situatie dat de professionele zorgverleners volledige controle uitoefenden over zowel de zorg als de bewegingsvrijheid, vanaf het moment dat H.L. gedragsproblemen vertoonde. Verder was van belang dat de behandelverantwoordelijke had aangegeven onmiddellijk een procedure voor onvrijwillige opneming in werking te zetten, zodra H.L. zich tegen de opneming of het verblijf zou hebben verzet. Voorts kon H.L. alleen worden ontslagen als de instelling dit aangewezen achtte en werd ook het contact met zijn verzorgers, het echtpaar E., gestuurd en gecontroleerd door de instelling.

Niet bepalend achtte het Hof dus het feit dat de patiënt zich niet tegen de opneming verzette. Evenmin beslissend was de vraag of de afdeling waar betrokkene verbleef gesloten of afsluitbaar was.

Uitdrukkelijk verwijst het Hof naar het arrest H.M. tegen Zwitserland. Ondanks het bestaan van enkele overeenkomsten, ziet het daarmee ook enkele duidelijke verschillen.

¹²⁷ H.L.-United Kingdom, EHRM, 4-10-'04, no. 45508/99, 2004. Zie ook Legemaate, J., 2005, die in een nog te verschijnen annotatie in het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht dit arrest commentarieert.

H.M. was in tegenstelling tot H.L. niet handelingsonbevoegd ten aanzien van haar opnemings. H.M. had meermalen aangegeven opgenomen te willen zijn in het verpleeghuis en maakte na enkele weken ook geen bezwaar meer tegen haar verblijf aldaar. Het regime binnen het verpleeghuis waar H.M. verbleef verschilde aanzienlijk met het verblijf van H.L. in de instelling. H.M. verbleef in een open instituut met vrijheid van beweging en het verpleeghuis moedigde contacten met de buitenwereld aan. Het Hof concludeert daarom dat in het geval van H.L. in tegenstelling tot dat van H.M. sprake is van vrijheidsbeneming en dus onder de werking van art. 5 Evrm valt.

Ten aanzien van de tweede voorgelegde vraag – was de gevolgde procedure in overeenstemming met de gestelde eisen in art. 5 lid 1 Evrm – concludeert het EHRM eveneens dat er sprake is van schending. Om willekeur te voorkomen en om te voldoen aan de in lid 1 gestelde voorwaarde dienen er adequate wettelijke procedures te zijn. Expliciet stelt het hof dat er een geformaliseerde opnemingsprocedure moet zijn die aangeeft wie een opnemings kan voorstellen, om welke redenen en wat de gronden zijn. Die gronden moeten zijn gebaseerd op adequaat medisch en ander onderzoek. In onderhavige zaak ontbreekt die procedure. Ook was niet duidelijk wat het exacte doel van die opnemings was (bijvoorbeeld ten behoeve van onderzoek of behandeling) en ontbrak een specifieke voorziening in de wet die voortdurend medisch onderzoek oplegde teneinde te onderzoeken of het voortbestaan van de stoornis de vrijheidsbeneming nog rechtvaardigde. Voor patiënten die onvrijwillig worden opgenomen op basis van de Mental Health Act, bestaat een verplichting om een vertegenwoordiger te benoemen die namens de patiënt bepaalde bezwaren kan maken en verzoekschriften kan indienen. Het Hof acht dit van evenzeer belang voor patiënten die ter zake handelingsonbevoegd zijn, zeker als zij buitengewoon beperkte communicatieve vaardigheden hebben.

Nadrukkelijk overweegt het EHRM dat het teneinde te voldoen aan het vereiste van een adequate procedure, niet volstaat dat de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming later door een instantie kan worden beoordeeld. Art. 5 voorziet immers expliciet in meerdere eisen: een juiste procedure (lid 1) én de mogelijkheid om later de rechtmatigheid van de opnemings te laten beoordelen (lid 4).

Tot slot wordt ook ten aanzien van de derde voorgelegde vraag geconcludeerd dat Groot-Brittannië art. 5 Evrm geschonden heeft. Een rechterlijke instantie moet in staat zijn om een onderzoek te kunnen doen naar de rechtmatigheid van de grond om iemand stoornis zijn van vrijheid te beroven wegens een geestelijke stoornis. In onderhavige zaak was daar niet aan voldaan.

Het arrest H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk laat zien dat ook wanneer een patiënt zich niet tegen de opnemings verzet, sprake kan zijn van vrijheidsbeneming. Dit gegeven gaat ook op voor de gbg-patiënten in Nederland, voor wie de procedure voor situaties waarin sprake is van vrijheidsbeneming, eveneens voldaan moet zijn aan de vereisten van art. 5 Evrm. Deze eisen zijn, zeker voor wat betreft de procedurele waarborgen die dienen te worden geboden, nader geëxpliciteerd. De uitspraak geeft tevens aan dat de plaats niet alleen bepalend is voor de vraag of sprake is van vrijheidsbeneming, maar vooral ook de mogelijkheden voor de patiënt om zelf controle uit te oefenen op zijn situatie. De Nederlandse wetgeving ten aanzien van opnemings, alsmede de praktijk zal derhalve aan deze vereisten moeten voldoen.

6.6.3.2 *Reikwijdte*

Uit het voorgaande blijkt dat het Evrm een wettelijke regeling voorschrijft voor opnemings van wilsonbekwame patiënten. Een vervolgvraag is dan welke zwaarte een dergelijke regeling dient te hebben. Hiermee is ten aanzien van psychogeriatrische patiënten tijdens de totstandkoming van de Wet bopz geworsteld, zo blijkt uit paragraaf 6.2.2.

Waar aanvankelijk gekozen werd voor een zware procedure bij de rechter voor alle personen die niet vrijwillig met opneming instemmen, is later uit doelmatigheidsoverwegingen gezocht naar een meer eenvoudige procedure. Uitgangspunt was dat de rechtsbescherming dan niet minder zou worden. Daarbij werd overwogen dat ook bij de gbgb-groep onder omstandigheden sprake kon zijn van vrijheidsbeneming.

Op de keuze van de regering voor wetgeving ten behoeve van de gbgb-groep was en is kritiek.¹²⁸ De critici zijn van mening dat een regeling waarbij een vertegenwoordiger toestemming geeft voor opneming in een intramurale instelling volstaat. De Wgbo biedt hiertoe volgens hen voldoende basis. De redenering is dat er bij deze groep bij de opneming geen sprake is van dwang, derhalve ook niet van vrijheidsbeneming, en dat daarom een rechterlijke beoordeling niet noodzakelijk is. In deze redenering wordt echter voorbijgegaan aan het *vrijheidsbeperkende* karakter van de opneming: anderen bepalen waar de betrokkene woont; het verblijf zelf gaat veelal gepaard met feitelijke beperkingen van de bewegingsvrijheid zoals codes op afdelingsdeuren of het met zachte hand tegenhouden worden wanneer iemand de afdeling wil verlaten. Het vrijheidsbeperkende karakter van opneming en verblijf wordt versterkt als na opneming tevens fysieke vrijheidsbeperkingen worden toegepast. Bepaald niet ondenkbaar is dat onder die omstandigheden zelfs van vrijheidsbeneming in de zin van art. 5 Evrm gesproken kan worden, zeker na de uitspraak in H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk. In dat geval dient voldaan te zijn aan de procedurele vereisten die het verdrag stelt aan de opneming, alsmede de feitelijke toegang tot de rechter voor psychogeriatrische patiënten te zijn gewaarborgd. Daarom is ten aanzien van de gbgb-groep terecht gekozen voor het bieden van extra bescherming bij niet vrijwillige opneming en wel op zo'n manier dat er een duidelijk voorgeschreven opnemingsprocedure is en dat, althans op papier, toegang tot de rechter gewaarborgd is, wanneer dit door psychogeriatrische patiënten wordt gewenst.

De reikwijdte is echter beperkt tot plaatsen die daartoe door de wet aangemerkt zijn, zodat niet alle opnemingen in zorgvoorzieningen erdoor worden bestreken. Vanuit het verleden is deze beperking begrijpelijk. Van oudsher richtte de krankzinnigenwetgeving zich immers op krankzinnigeninrichtingen. Hierop is steeds voortgeborduurd. Het is echter niet in overeenstemming met beginselen en verdragen: het gaat immers om de vrijheid die wettelijk beschermd dient te worden. Het vrijheidsbeperkende of vrijheidsbenemende karakter van een opneming is niet plaatsafhankelijk.¹²⁹ Ook bescherming

¹²⁸ O.a. Krul-Steketee, J., 1984, 1992, Widdershoven, T.P.J.C., 2003, Commissie Evaluatie regelgeving, 2002, p. 51-52. Dijkers merkt in zijn noot onder het arrest H.M. tegen Zwitserland op dat niet iedere onvrijwillige opneming op basis van de Wet bopz onder art. 5 Evrm hoeft te vallen. Slechts als de vrijheid krachtens art. 40 lid 3 verder beperkt is en betrokkene daar bezwaar tegen heeft zal hier stellig sprake van zijn, is zijn mening. Toch moet bij een onvrijwillige opneming rekening blijven worden gehouden met art. 5 Evrm, omdat iedere opnemingsmaatregel in potentie verdere beperkingen inhoudt en daarmee toch onder de reikwijdte van het verdrag kan vallen. Desondanks is hij, met de evaluatiecommissie van de tweede bopz-evaluatie van mening, dat voor de categorie gbgb een opneming via diens vertegenwoordiger mogelijk is.

¹²⁹ Vergelijk bijvoorbeeld opnemingen in kleinschalige woonvoorzieningen waarvan de voordeur vaak gesloten is. Ook niet aangemerkte verzorgingshuizen of woonzorgcomplexen laten psychogeriatrische patiënten nogal eens overdag verblijven op een afdeling waarvan de deur gesloten is of beperken hun patiënten anderszins in hun vrijheid. Deze voorbeelden laten zien dat de mate van ingrijpendheid van de beslissing niet afhankelijk is van de vraag of de instelling al dan niet een bopz-aanmerking heeft.

zou daarom plaatsafhankelijk dienen te gebeuren. Juridisch zou het geen verschil moeten maken of een opnemings plaatsvindt in een verpleeghuis, een verzorgingshuis, een woonzorgcomplex, een kleinschalige woonvoorziening of welke zorgvorm dan ook. Het vrijheidsbeperkende of vrijheidsbenemende karakter zou bepalend moeten zijn voor de te volgen procedure. Dit sluit tevens meer aan bij het substitutiebeleid en de wens om de zorg niet meer plaatsafhankelijk te organiseren, maar uit te gaan van de zorgvraag. Ook lijkt dit aan te sluiten bij de uitspraak van het EHRM inzake H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk.

6.6.4 Doelstellingen relevante wettelijke regelingen

In de vorige onderdelen werden de noodzaak voor wetgeving, de externe consistentie en de aanvaardbaarheid van de regelingen besproken. In deze en de komende onderdelen staat de inhoud van de wettelijke regelingen centraal. In deze subparagraaf worden de doelstellingen besproken.

Dikwijls is de doelstelling van een wet in de aanhef van die wet geformuleerd. Bij de Wet bopz is dit niet het geval. De kamerstukken bevatten daarentegen wél enige aanwijzing.

De regeling geldt voor personen lijdende aan een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis in de geestvermogens die op grond van een rechterlijke uitspraak in een ziekenhuis worden opgenomen of verblijven. Een belangrijk uitgangspunt van de wet is volgens de memorie van toelichting en ook de memorie van antwoord 'de principiële gelijkstelling van geesteszieken met alle overige zieken'. Om deze reden blijft de regeling in eerste instantie beperkt tot opnemings en regelt uitsluitend die gevallen 'waarin het niet mogelijk is op basis van vrijwilligheid de nodige maatregelen te treffen'.¹³⁰ Daarom is ook geen regeling gemaakt voor medische behandeling, omdat die evenmin bestaat voor lichamelijk zieken. Uit de memorie van antwoord blijkt voorts dat het bieden van rechtswaarborgen bij de opnemings eveneens een doelstelling is.

Aan de principiële gelijkstelling wordt later getornd, omdat men beseft dat 'de mening post zou kunnen vatten dat in het verlengde van de al eerder met betrekking tot een psychiatrische patiënt uitgeoefende, door de wet gelegitimeerde dwang [de opnemings – LA] het toepassen van dwangmiddelen toelaatbaar zou kunnen worden geacht.' Om dergelijke misverstanden te voorkomen worden ook de voorwaarden vastgelegd waaronder dwangbehandeling is toegestaan.¹³¹

Uit het voorgaande blijkt dat van een duidelijk geformuleerde doelstelling van de Wet bopz niet echt sprake is. In het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de tweede bopz-evaluatie wordt de doelstelling als volgt samengevat:

1. Het zoveel mogelijk respecteren van het recht op zelfbeschikking van personen die gestoord zijn in hun geestvermogens; en
2. Het bieden van rechtsbescherming aan deze personen als zij eenmaal gedwongen opgenomen zijn.¹³²

Een tweede relevante regeling is het Zorgindicatiebesluit. Doelstelling hiervan is uitvoering te geven aan artt. 9a, 9b en 11 AWBZ, alsmede art. 60 lid 2 en 3 bopz. In de nota van toelichting wordt vermeld dat men vooral beoogt te waarborgen dat de indicatiestelling

¹³⁰ Handelingen Eerste Kamer, Vergaderjaar 1991-1992, p. 2.

¹³¹ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1978-1979, p. 6.

¹³² Handelingen Tweede Kamer, 25 763 en 28 950. Kabinetsstandpunt tweede bopz-evaluatie, Vergaderjaar 2003-2004.

objectief, onafhankelijk en integraal plaatsvindt.¹³³ Ten aanzien van de art. 60-indicatiestelling bevat de toelichting bij het Besluit geen nader geformuleerde doelstelling. Als doelstelling zou echter kunnen worden gehanteerd het waarborgen van dezelfde rechtsbescherming als de machtigingsprocedures.

De Wgbo heeft als doel 'de rechtspositie van de patiënt te verduidelijken en te versterken, daarbij rekening houdend met de eigen verantwoordelijkheid van de hulpverlener voor zijn handelen als goed hulpverlener'.¹³⁴ Voor opnemingen in instellingen kent de wet geen specifieke doelstelling.

6.6.5 Toepasbaarheid

De reguliere opnemingsprocedures voor mensen die zich tegen opneming verzetten (voorlopige machtiging en inbewaringstelling) leveren inhoudelijk geen problemen op. De belangrijkste procedure voor het bewerkstelligen van onvrijwillige opnemingen in verpleeghuizen en bopz-aangemerkte afdelingen van verzorgingshuizen is echter de art. 60-indicatieprocedure. Die is voornamelijk gecreëerd om de rechterlijke macht te ontlasten. Hoewel de noodzaak van de opneming in deze procedure niet door de rechter wordt beoordeeld, beoogde men hier dezelfde rechtswaarborgen te bieden als bij de voorlopige machtiging. De invulling van beide procedures laat echter enkele verschillen zien. Deze hebben tot gevolg dat van dezelfde rechtswaarborgen geen sprake is.

Een eerste onderscheid betreft de onafhankelijkheid van het orgaan dat over de opneming oordeelt. Sinds de laatste wijzigingen van de AWBZ en het Zorgindicatiebesluit is de onafhankelijkheid van indicatiecommissies beter dan voorheen gewaarborgd. In het verleden bood de regeling ruimte om de indicatie uit te laten voeren door personen of instanties die niet onafhankelijk van een instelling functioneerden. Toch sluit ook huidige procedure niet uit dat degenen die bij psychogeriatrische patiënten het onderzoek doen, afkomstig zijn van een instelling die deze patiënten zal opnemen. Dit is niet in overeenstemming met de geest van de Wet bopz die bij de overige procedures steeds om een onafhankelijk medisch oordeel vraagt. Opmerkelijk is dat die onafhankelijkheid bij verstandelijk gehandicapten (en psychiatrische patiënten) ingevolge het bepaalde in art. 9 lid 3 Zib wel gewaarborgd is.

De procedures met betrekking tot het verkrijgen van een rechterlijke machtiging schrijven voor dat er een geneeskundige verklaring wordt opgesteld door een psychiater. De regeling voor een art. 60-indicatie bevat nergens een bepaling dat bij het deskundigenonderzoek een psychiater betrokken moet zijn. Ingevolge het Zorgindicatiebesluit kan het vaststellen van de aandoening gebaseerd worden op de beoordeling van de eigen huisarts, en is het mogelijk dat de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de patiënt, alsmede de noodzaak tot opneming door niet-artsen gebeurt. Weliswaar verplicht art. 8 Zib tot de samenstelling van een onderzoeksteam dat voldoende deskundig is, maar in vergelijking met de overige procedures bestaat door deze ruimere omschrijving de kans dat beoordelaars in de praktijk minder deskundig zijn dan bij de overige opnemingsprocedures van de bopz. De vraag is of de deskundigheid van de beoordelaars voldoet aan de eisen die daaraan door het EHRM in het arrest H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk zijn gesteld.

Een derde onderscheid betreft de omschrijving van de kring van personen die een opnemingsprocedure kunnen beginnen. Ten behoeve van rechterlijke machtigingen is vastgelegd wie de procedure kan starten. Bij de aanvraag voor een art. 60-indicatie is dit

¹³³ Nota van toelichting bij Zorgindicatiebesluit, 1997, p. 8.

¹³⁴ Aanhef Wet omtrent de overeenkomst tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst (Wgbo), 17 november 1994, Stb. 837, 1994.

niet helder. Het Zorgindicatiebesluit noemt een vertegenwoordiger, zonder deze nader te omschrijven. De nota van toelichting schept evenmin verduidelijking.

Een vierde verschil is de mogelijkheid om een uitspraak van de rechter te vragen over de geoorloofdheid van de onvrijwillige opname of verblijf. Art. 15 lid 2 GW draagt aan de wetgever op om aan iemand wiens vrijheid anders dan door rechterlijk bevel is ontnomen de mogelijkheid te bieden om zijn invrijheidsstelling te verzoeken. Hij dient in dat geval door een rechter te worden gehoord binnen een bij de wet te bepalen termijn. Voor personen die via een rechterlijke machtiging zijn opgenomen bestaat die mogelijkheid in art. 49 bopz (voor de voorwaardelijke machtiging in art. 14 g). Voor psychogeriatrische patiënten die via een bopz-indicatie in een verpleeginrichting verblijven is er geen soortgelijke procedure. Indirect bestaat echter wel een toegangsmogelijkheid tot de rechter, omdat bij verzet een voorlopige machtiging dient te volgen om verder verblijf mogelijk te maken. Ook het Evrm schrijft zoals gezegd voor dat na opname toegang tot de rechter gewaarborgd moet zijn. Het Winterwerp-arrest laat zien dat het Europees Hof niet alleen nagaat of de wet voorziet in een procedure, maar vooral of toegang daartoe ook *feitelijk* gewaarborgd is. Het is de vraag of de opnamingsprocedure via de indicatiecommissie die toets doorstaat, vooral omdat in de praktijk blijkt dat verzet van psychogeriatrische patiënten veel minder dan door de wetgever is bedoeld zorgverleners en familieleden prikkelt om een machtigingsprocedure te starten. De toets die het Europees Hof uitvoert geldt overigens alleen voorzover er sprake is van vrijheidsbeneming. Uit het in 2002 gewezen arrest over opname in een verpleeghuis in Zwitserland blijkt dat dit niet uitsluitend uit de opname zelf volgt, maar mede afhankelijk is van bijkomende omstandigheden. Belangrijk daarin is de wijze waarop de zorg is ingericht, zo blijkt uit H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk, en met name de feitelijke mogelijkheden voor de patiënt om nog controle te hebben op de eigen situatie.

Een vijfde verschil betreft tot slot de duur van het onvrijwillig verblijf. De duur van de rechterlijke machtigingsprocedures is in de Wet bopz aan een maximumtermijn gebonden. Sinds de laatste wijziging van het Zorgindicatiebesluit is weliswaar gewaarborgd dat ook de geldigheidsduur van het besluit beperkt is, maar is geen maximumtermijn aangegeven.

Bij zorgvoorzieningen die niet zijn aangemerkt als psychiatrisch ziekenhuis in de zin van de Wet bopz, dient een juridische grondslag voor de opname gevonden te worden in andere regelgeving. Het Zorgindicatiebesluit biedt daarbij geen soelaas. Een op basis van dit Besluit verleende beschikking geeft buiten de opname alleen recht op een zorgaanspraak. Een opname kan wel worden gestoeld op de Wgbo. Deze is echter lang niet bij alle zorgvoorzieningen van toepassing; in ieder geval niet in die situaties waarin geen arts betrokken is en geen sprake is van een geneeskundige handeling in de zin van art. 7:446 lid 2 BW.

Wanneer een patiënt zich in een situatie waarin de Wgbo van toepassing is tegen de opname in een zorgvoorziening verzet, moet de opname voldoen aan de voorwaarden van art. 7:465 lid 6 BW.¹³⁵ Zeker in deze situatie, als van vrijheidsbeneming gesproken kan worden, zal de procedure moeten voldoen aan de eisen van art. 5 Evrm. Sinds het arrest H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk zijn er aanwijzingen dat de waarborgen die in art. 7:465 lid 6 BW worden gesteld de toets aan art. 5 niet zal kunnen doorstaan. Nog meer dan bij de art. 60-indicatieprocedure geldt hier daarnaast dat het de vraag is in hoeverre feitelijke toegang tot de rechter gewaarborgd is, aangezien de wet niet voorziet in een procedure daartoe. Een bezwaarmakende patiënt zal zich dan via een actie uit on-

¹³⁵ De mogelijkheid om vrijheidsbeperking bij wijze van dwangbehandeling toe te passen op de voet van de Wgbo wordt uitgebreid besproken in paragraaf 7.3.

rechtmatige daad of wanprestatie tot de burgerlijke rechter moeten wenden. Voor zover de opneming van een zich verzettende patiënt kan worden gekwalificeerd als vrijheidsbeneming is ook hier de vraag of de toegangsmogelijkheid tot de rechter voldoet aan het vereiste van art. 15 lid 2 GW om binnen een wettelijk gestelde termijn toegang tot de rechter te hebben (art 15 lid 2 GW). Die toegang is via de Awb wel gewaarborgd ten aanzien van de zorgindicatie, maar in dat geval staat uitsluitend de rechtmatigheid van de zorgindicatie zelf ter discussie en niet de opneming.

Indien ook de Wgbo niet geldt, moet het algemeen burgerlijke recht uitkomst bieden. In dat geval ontbreekt echter een wettelijke basis voor een opneming tegen de wil van de betrokkene.

6.6.6 Uitvoerbaarheid

Het overgrote deel van de bopz-opnemingen vindt plaats via een indicatiestelling. Er is sprake van een adequate rechtsbescherming als mensen op de juiste gronden worden opgenomen en de procedure op een correcte manier wordt uitgevoerd. Dit laatste brengt met zich mee dat psychogeriatrische patiënten geen bopz-status krijgen als zij weloverwogen met de opneming instemmen en dat een opnemingsprocedure via een rechterlijke machtiging wordt gestart als zij op enigerlei wijze verzet uiten.

Om te kunnen beoordelen of psychogeriatrische patiënten op de juiste gronden worden opgenomen is het zaak dat zij worden beoordeeld door professionals die ter zake deskundig zijn. Bovendien moeten zij de wettelijke procedure voldoende onderschrijven. Uit de tweede bopz-evaluatie blijkt dat indicatiecommissies in hun taakopvatting niet de rechtsbescherming van patiënten meenemen. Zij voeren louter hun AWBZ-taak uit door de noodzaak van opneming (en andere zorgaanspraken) vast te stellen. Mogelijk zijn medewerkers van indicatieorganen zich nog steeds onvoldoende bewust van hun rechtsbeschermende taak. Dit kan mede zijn veroorzaakt door het feit dat in de nota van toelichting bij het Zorgindicatiebesluit niet nadrukkelijk aandacht is geschonken aan dit onderdeel, maar slechts aan de feitelijke werkzaamheden in dit verband. Daardoor ervaren de commissies onvoldoende belang om verzet bij psychogeriatrische patiënten te bepalen. Tevens is het mogelijk dat RIO's niet voldoende juridische deskundigheid in huis hebben.

Wanneer het RIO toch verzet constateert, heeft het formeel geen invloed op de follow-up: het initiëren van een opnemingsprocedure via de rechter. Bovendien kan het afgegeven indicatiebesluit waarin verzet van de psychogeriatrische patiënt wordt geconstateerd aanleiding geven tot misverstanden. In het besluit kan geconcludeerd worden dat er een noodzaak is tot opneming en dat er een indicatie is voor zorgaanspraken met betrekking tot verblijf en verpleging, en daarmee suggereren dat er een rechtsgeldige titel is voor opneming.

Een andere factor die niet bevordert dat men een verzoek tot een voorlopige machtiging indient, is het gegeven dat iemand bij de toewijzing van een machtiging binnen twee weken geplaatst moet worden. Omdat een machtiging geen plaats in een bopz-aangemerkt verpleeg- of verzorgingshuis garandeert, moet iemand daarnaast door het RIO geïndiceerd zijn. De praktijk is dat gewacht wordt met de procedure voor een voorlopige machtiging totdat een plek vrij is. Aangezien de wachtlijsten lang zijn, kan er geruime tijd liggen tussen indicatie en opneming. In de tussenliggende tijd kan de toestand van psychogeriatrische patiënten zodanig achteruit zijn gegaan, dat er geen verzet meer is of in ieder geval niet meer bepaalbaar is. De opneming wordt dan alsnog zonder rechterlijk oordeel bewerkstelligd.

Het feit dat aan verpleeginrichtingen geen bevel tot opneming gegeven kan worden na verlening van een rechterlijke machtiging, is ingegeven vanuit het idee dat anders misbruik zou worden gemaakt van de machtigingsprocedure om psychogeriatrische patiënten voorrang op een wachtlijst te verlenen. Uit het voorgaande blijkt dat het gevaar dan groot is dat deze procedure in het geheel niet meer gevolgd wordt waar dit wel had moeten, zodat de beoogde rechtsbescherming uitblijft.

Voor patiënten die vrijwillig of via een bopz-indicatie zijn opgenomen in een bopz-instelling is evenmin gewaarborgd dat een rechterlijke procedure volgt, wanneer zij verzet uiten tegen verder verblijf. Allereerst dient het verzet opgemerkt te worden door de zorgverleners, en vervolgens moet in beginsel de familie het verzoek voor een machtiging bij de OvJ indienen, die op zijn beurt een verzoek indient bij de rechter. Verzet tegen het verblijf wordt ook in de instelling zelden onderkend en als dit al gebeurt dan ontstaat nogal eens onenigheid met de familie die de noodzaak voor een machtiging vaak niet begrijpt en de procedure bovendien belastend vindt.¹³⁶ Dit werpt wellicht een dermate hoge drempel op dat van de procedure wordt afgezien.

Op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is worden geen knelpunten ervaren ten aanzien van de opneming. Van een afweging tussen zelfbeschikking, vrijheid en bescherming is echter niet of nauwelijks sprake.

6.6.7 Handhaafbaarheid

Uit het voorgaande blijkt dat de art. 60-procedure om verschillende redenen niet goed wordt uitgevoerd. Een bijkomend probleem is dat geen correctie van de uitvoering plaatsvindt, doordat daartoe geen incentives aanwezig zijn.

In de eerste plaats zijn besluiten niet goed toetsbaar. Door het ontbreken van kennis over de bopz-taak bij indicatiecommissies is veelal onduidelijk of het indicatiebesluit met betrekking tot de opneming op de juiste gronden genomen is. Te weinig wordt inzichtelijk gemaakt hoe men tot het besluit komt dat een psychogeriatrische patiënt onvoldoende bereidheid toont met betrekking tot de opneming.¹³⁷

In de tweede plaats is geen goed toezicht mogelijk om te beoordelen of instellingen op een juiste wijze met verzet tegen verblijf omgaan, al heeft de inspectie en ook de OvJ (zie artt. 64 en 67 bopz) daar feitelijk een rol in. Van Ginneken wijst erop dat RIO's in het geheel niet aan toezicht onderhevig zijn.¹³⁸ Daarmee gaat hij echter voorbij aan het feit dat het RIO geen zorgverlener is, maar een onafhankelijk bestuursorgaan dat bestuursrechtelijk kan worden getoetst. Desalniettemin ontbeert de procedure incentives om de indicatiecommissies daadwerkelijk te toetsen, aangezien de psychogeriatrische patiënten zelf niet in staat zijn om een procedure te starten en de ingebouwde rechterlijke toetsing via de machtigingsprocedure juist niet plaatsvindt als het RIO de criteria niet op de juiste wijze toepast. Van der Most vestigt bovendien aandacht op het feit dat RIO's geneigd zullen zijn beroepsprocedures uit de weg te gaan, omdat deze arbeidsintensief en kost-

¹³⁶ Ook tijdens de eerste bopz-evaluatie werd erop gewezen dat familieleden de gang naar de rechter emotioneel belastend vinden. De onderzoekers pleiten voor betere informatieverstrekking. Puts, P. en M.H.J.M. Knapen, 1996, p. 132.

¹³⁷ Wellicht vloeit dit mede voort uit het feit dat nergens wordt voorgeschreven hoe een besluit tot stand dient te komen. Van der Most is van mening dat de wet minstens zou moeten verlangen dat indicatieorganen beschikken over een statuut of reglement met regels omtrent de besluitvorming. Most, J.M., van der, 1999, p. 10.

¹³⁸ Ginneken, P.P.J.N., van, Externe rechtspositie in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptensector, 2002, p. 55.

baar zijn en daarmee het exploitatiebudget belasten. Ook hij stelt dat indicatieorganen daarmee feitelijk buiten enige vorm van juridisch, bestuurlijk of financieel toezicht vallen, ondanks hun vergaande zeggenschap over AWBZ-rechten.¹³⁹

Desondanks kan althans in theorie tegen een indicatiebesluit van het RIO (zowel de bopz- als de AWBZ-indicatie) bezwaar en beroep worden aangetekend. Uiteindelijk kan men dan een oordeel over de rechtmatigheid van het besluit krijgen van een administratieve rechter. Met betrekking tot de indicatie voor de opneming kan echter uitsluitend uitspraak van de administratieve rechter worden verkregen wanneer de procedure wordt gevoerd door een niet-wettelijke vertegenwoordiger. Wanneer psychogeriatrische patiënten zelf bezwaar maken tegen opneming en verblijf, vervalt de rechtsgeldigheid van het besluit en dient een voorlopige machtiging te worden aangevraagd indien voortzetting van de opneming of het verblijf gewenst is. Ook als de patiënt een wettelijke vertegenwoordiger heeft die bezwaar maakt tegen de opneming dient deze route te worden gevolgd. In deze gevallen beoordeelt de burgerlijke rechter de noodzaak van een opneming.

De manier waarop de indicatieprocedure is ingebed in de Wet bopz en de AWBZ leidt er dus toe dat in het ene geval de burgerlijke rechter en in het andere geval de administratieve rechter rechtspreekt. Formeel oordelen deze instanties niet over hetzelfde: de administratieve rechter toetst of het door het indicatieorgaan genomen besluit rechtmatig is, terwijl de burgerlijke rechter zelfstandig beoordeelt of opneming of voortzetting van het verblijf op basis van art. 2 bopz noodzakelijk is. Feitelijk zullen daarbij echter dezelfde afwegingen gemaakt moeten worden, al zal de administratieve rechter meer toetsen of het indicatieorgaan in redelijkheid tot zijn beslissing gekomen is, hetgeen mogelijk minder waarborgen biedt.

De vraag rijst of het wenselijk is dat een andere rechter over deze materie oordeelt, waar de expertise ter zake zich bij de burgerlijke rechter bevindt. Daarentegen heeft de administratieve procedure op die van de burgerlijke rechter voor dat er na de bezwaarprocedure nog beroep in twee instanties mogelijk is, namelijk de bestuurskamer van de rechtbank en de Centrale Raad van Beroep. Een uitspraak van een burgerlijke rechter op een verzoek om een rechterlijke machtiging is uitsluitend vatbaar voor cassatie.

6.7 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de wettelijke regelingen besproken die van toepassing zijn bij opneming in zorgvoorzieningen. De Wet bopz voorziet in de meeste expliciete opnemingsprocedures. Voor psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten die geen bereidheid tonen ten aanzien van opneming in een psychiatrisch ziekenhuis in ruime zin, maar daar ook geen verzet tegen uiten is een aparte voorziening getroffen. Deze voorziening werd geïntroduceerd om de rechterlijke macht te ontlasten en tegelijkertijd dezelfde mate van rechtsbescherming bij opneming te waarborgen. Van deze doelstelling komt in de praktijk weinig terecht.¹⁴⁰ Als bezwaar kan in de eerste plaats worden genoemd dat de art. 60-indicatie slechts voor instellingen geldt die door de minister als verpleeginrichting of instelling voor zwakzinnigenzorg aangewezen zijn. Een tweede bezwaar is dat de indicatieprocedure onvoldoende garandeert dat bij psychoge-

¹³⁹ Most, J.M., van der, 1999, p. 13.

¹⁴⁰ Desondanks constateerden Puts en Knapen dat de externe rechtspositie van psychogeriatrische patiënten ook door middel van de bopz-indicatie verbeterd was. Zij maakten echter geen vergelijking met de andere opnemingsprocedures. Puts, P. en M.H.J.M. Knapen, 1996, p. 132.

riatrische patiënten die bezwaar tegen opneming hebben, uiteindelijk de rechter een oordeel uitspreekt over de noodzaak van hun opneming. De huidige procedure gaat in feite pas uit van extra bescherming als een persoon zich verzet. Deze regeling stelt te hoge eisen aan de patiënt, omdat deze in staat moet zijn om het verzet te uiten en eventueel ook daaropvolgend de juiste stappen te nemen om zijn rechten te beschermen. Ook worden te hoge eisen gesteld aan indicatiecommissies en zorgverleners die in de praktijk niet in staat blijken om verzet adequaat vast te stellen.

In de derde plaats zijn er een aantal procedurele verschillen tussen de voorlopige machtiging en de indicatieprocedure die ertoe bijdragen dat psychogeriatrische patiënten onvoldoende bescherming krijgen.

Ten aanzien van opneming in instellingen waar de Wet bopz niet geldt, is geen speciale regeling van toepassing. In het gunstigste geval kan in dat geval worden teruggevallen op de Wgbo, maar vaak geldt uitsluitend het algemeen burgerlijk recht. In deze situaties is er weinig rechtsbescherming, terwijl de inbreuk die op vrijheidsrechten gemaakt wordt vergelijkbaar is met situaties waarbij de Wet bopz wel van toepassing is. Bovendien is gebleken dat de rechtsbescherming die buiten het kader van de Wet bopz wordt geboden tekortschiet voor situaties waarin gesproken kan worden van vrijheidsbeneming. Bepalend hiervoor is niet verzet, of de vraag of iemand op een gesloten afdeling is opgenomen. Het gaat vooral ook om het gegeven of iemand nog controle kan uitoefenen op zijn eigen situatie. Het Evrm vereist ingeval van vrijheidsbeneming onder meer een adequate procedurele bescherming, alsmede de mogelijkheid tot toegang tot de rechter. Het is maar zeer de vraag of de procedures die in Nederland van toepassing zijn op plaatsen waar de Wet bopz niet geldt die bescherming kunnen bieden.

Een duidelijke wettelijke basis voor opnemingen van patiënten met een psychogeriatrische aandoening, die zelf niet meer in staat zijn om een weloverwogen oordeel ter zake te geven, is wenselijk voor alle zorgvoorzieningen. Uitgangspunt bij zo'n regeling is dat patiënten daadwerkelijk de beoogde rechtsbescherming krijgen. Dat kan alleen als rekening wordt gehouden met de beperkte mogelijkheden die patiënten hebben en niet, zoals bij de huidige wetgeving, wordt uitgegaan van een volledig vermogen tot het uitoefenen van het zelfbeschikkingsrecht. Ook in een andere regeling dient echter aandacht te blijven bestaan voor het zelfbeschikkingsrecht. Als mensen hun wensen kenbaar maken dienen er wel zeer zwaar wegende argumenten te zijn om die te negeren. Wanneer patiënten zich echter niet uiten, mag er niet van worden uitgegaan dat alles kan gebeuren, totdat zij blijk geven van het tegendeel. Zeker bij een ingrijpende maatregel als een opneming mag daarom verwacht worden dat een besluit zorgvuldig en transparant wordt genomen. Degenen die de beslissing tot opneming nemen moeten hier bovendien op getoetst kunnen worden.

7. VRIJHEIDSBEPERKING

Ik ben zó blij vandaag! Het is mooi weer, Ik heb echt zin om naar buiten te gaan, naar de ruimte. Het is zo benauwd. Het lijkt hier wel een gevangenis.

Waarom lig ik hier op de grond? Ik heb pijn. Ben ik gevallen? Ik kan het me niet meer herinneren. Maar pijn heb ik wel. Wie is die vrouw die aan me loopt te trekken? Ik wil dat ze me met rust laat. Ze zegt dat ik deze week al voor de derde keer gevallen ben. Ze zeurt. Ze kan me beter helpen om op te staan. Ik wil het zelf doen, maar ik kan het niet.

Het is hier zo druk, zo benauwd. Ik wil naar buiten.

Ik kan niet meer uit mijn stoel komen. Waarom niet? Ik sta steeds op, maar ik kan er niet uit. Ik wil niet hier zijn, ik wil naar buiten.

Wat moet je met die pap, kind? Ga toch weg, ik wil naar buiten. Goed, ik zal de pap eten, als je me daarna maar naar buiten brengt.

Ik ben moe, zó moe. Slapen wil ik, slapen. Wie zijn die mensen die de hele tijd mijn naam roepen? Ik wil dat ze gaan, maar ik ben te moe om het ze te zeggen. Ik kan mijn ogen gewoon niet meer openhouden.¹

7.1 Inleiding

Vrijheidsbeperkingen kunnen worden gedefinieerd als alle interventies of non-interventies die in de zorg worden toegepast, dan wel worden nagelaten, en als doel of neveneffect hebben dat de vrijheid van psychogeriatrische patiënten wordt aangetast. Het beperken van de vrijheid kan de bewegingsvrijheid betreffen, maar ook het hebben van minder privacy of keuzemogelijkheden kan er onder worden gerekend. Het toepassen van vrijheidsbeperking betekent enerzijds een beperking van de vrijheid, anderzijds is het gebruik ervan dikwijls een noodzakelijk 'kwaad' om escalaties te voorkomen. Vrijheidsbeperkingen bij psychogeriatrische patiënten komen overal in de zorg voor: thuis, in intramurale instellingen, maar ook in nieuwere, speciaal op psychogeriatrische patiënten gerichte zorgvoorzieningen.

In de door mij gebruikte omschrijving van vrijheidsbeperking is nadrukkelijk niet de wil van de patiënt om wie het gaat opgenomen. Daarmee is de omschrijving ruimer dan die welke doorgaans wordt gehanteerd. Gebruikelijk is het om bij vrijheidsbeperkingen van het begrip dwang uit te gaan, zoals bijvoorbeeld Van de Klippe in haar proefschrift doet. Zij definieert dwangbehandeling als vrijheidsbeperkingen (afzondering, separatie, fixatie en toediening van genees- en/of voedingsmiddelen) die tegen de wil van de patiënt worden uitgevoerd.² Ook in de definitie van Berghmans c.s. is kenmerkend voor dwang dat de patiënt geen keuzemogelijkheid meer wordt gelaten. Hij móet datgene ondergaan wat hem wordt opgedrongen.³ Overigens is deze omschrijving al ruimer. Het gaat immers niet meer alleen om wat de patiënt wil, maar om mogelijkheden om te kiezen. En art. 2 van het Vierde Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten

¹ Bovenstaande uitlatingen zijn gebaseerd op uitspraken van dementerende patiënten die ik zowel privé als in mijn werk ben tegengekomen.

² Klippe, C.J., van de, 1997, p. 2.

³ Berghmans, R., D. Elfahmi, M. Goldsteen en G. Widdershoven, 2001, p. 11, 19.

van de mens en de fundamentele vrijheden (Evrn) bepaalt dat 'de uitoefening van het recht van eenieder die wettig op het grondgebied van een Staat verblijft om zich vrijelijk te verplaatsen en er vrijelijk zijn verblijfplaats te kiezen, aan geen andere beperkingen worden gebonden dan die bij de wet zijn voorzien (...) voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden (...).' Ook deze omschrijving is ruimer dan uitsluitend de geuite wil van een persoon. Het gaat om een beperking van het recht zich te verplaatsen en vrijelijk zijn woonplaats te kiezen. Dwang valt hier zeker onder, maar de bepaling kan ruimer worden geïnterpreteerd. Er wordt immers eveneens beperkt in het recht zich te verplaatsen als een persoon zijn wil niet uit of kan uiten.⁴

De gekozen benadering is evenwel niet helemaal nieuw. Laurs⁵ en Legemaate⁶ betogen dat in geval van vrijheidsbeneming instemming van de patiënt niet bepalend zou moeten zijn bij de beantwoording van de vraag of waarborgen ter zake van vrijheidsbenemend handelen zouden moeten worden toegepast. Laurs stelt dat de positieve wilsverklaring van de patiënt niet uitsluit dat toch vrijheidsbeneming aan de orde is. Hij legt daarbij vooral de nadruk op de feitelijke onmogelijkheid van de patiënt zich te begeven waar hij naartoe wil. Verder ageert ook Van Veen tegen de dominante positie van de rechtsgeldige wil in de bepaling of sprake is van dwangbehandeling.⁷

In dit hoofdstuk zal worden betoogd dat wilsuitingen en het tonen van verzet bij psychogeriatrische patiënten geen goede onderscheidende criteria zijn en daarom onvoldoende bijdragen aan het afgrenzen van de begrippen vrijheidsbeperking en dwang. Daardoor schiet de rechtsbescherming die met de wettelijke regelingen met betrekking tot dwangbehandeling is beoogd, voor psychogeriatrische patiënten tekort.

Ter ondersteuning van deze stelling worden allereerst de wettelijke kaders ten aanzien van toepassingen van vrijheidsbeperking belicht. Welk kader van toepassing is, hangt af van de locatie waar de vrijheidsbeperking plaatsvindt. In sommige intramurale voorzieningen, zoals daartoe aangemerkte psychogeriatrische (afdelingen van) verpleeghuizen en afdelingen van verzorgingshuizen is de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet bopz) van toepassing. Daarnaast geldt de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo) als algemene, aanvullende regeling. Op alle andere plaatsen is in zorgsituaties de Wgbo uitsluitend van toepassing.

De Wet bopz wordt in paragraaf 7.2 belicht en de Wgbo in paragraaf 7.3. Daarbij zal gebruik worden gemaakt van relevante literatuur, kamerstukken en jurisprudentie. In paragraaf 7.4 tot en met 7.6 wordt nader ingegaan op de praktijk inzake toepassingen van vrijheidsbeperking op plaatsen waar de Wet bopz geldt en in situaties waarin dit niet het geval is. Bij de beschrijving ervan put ik uit onderzoeken die ik eerder op dit terrein heb verricht.⁸ Achtereenvolgens komen verpleeghuizen, verzorgingshuizen en andere zorgvoorzieningen zoals ziekenhuizen, kleinschalige woonvoorzieningen, woonzorgcomplexen en thuiszorg aan de orde.

⁴ Een andere mening is Widdershoven toegedaan, die stelt dat van aantasting van grondrechten geen sprake kan zijn als er geen dwang wordt toegepast. Zie Widdershoven, T.P.J.C., 2003, p. 18.

⁵ Laurs, P.J.H., 1988, p. 200-201.

⁶ Legemaate, J., 1991, p. 95-95.

⁷ Veen, E.B., van, 1991, p. 485-486.

⁸ Arends, L.A.P., 2001, Arends, L.A.P., K. Blankman en B.J.M. Frederiks, 2002, Arends, L.A.P. en T. Stigter, 2003, Arends, L.A.P., Beperkt door zorg, 2004.

7.2 Vrijheidsbeperking op grond van de Wet bopz

7.2.1 Inleiding

De Wet bopz is oorspronkelijk niet bedoeld om een wettelijke basis te scheppen ter behandeling van mensen die lijden aan een geestelijke stoornis. De eerste versies van de wet laten zien dat de opstellers uitsluitend beoogden waarborgen te bieden tegen onvrijwillig opnemen van een persoon met een geestelijke stoornis, zonder dat daarvoor zwaarwichtige gronden waren.⁹ Voor het vastleggen van een plicht tot behandeling werd nadrukkelijk niet gekozen. De reden daarvoor was dat men onvrijwillig opgenomen psychiatrische patiënten niet in een uitzonderingspositie wilde plaatsen.¹⁰ De behandelingscomponent wordt er in 1980 ingebracht met het argument dat de oorspronkelijke wetstekst de suggestie wekt dat er altijd behandeld mag worden. De introductie van een plicht tot het doen van een behandelingsaanbod en de regeling van dwangbehandeling heeft twee doelen. Allereerst wordt duidelijk gemaakt waartoe de gedwongen opname naast het wegnemen van gevaar legitimeert. In de tweede plaats wordt ermee beoogd te voorkomen dat een patiënt, terwijl diens instemming ontbreekt, zonder gegronde reden wordt behandeld.¹¹ De bepalingen met betrekking tot de rechten en plichten van een patiënt die door middel van een bopz-maatregel is opgenomen, worden ook wel de regeling van de interne rechtspositie genoemd.¹² Hieronder volgt een uiteenzetting van de relevante onderdelen.

7.2.2 Behandelingsdoelen

Zodra iemand onvrijwillig is opgenomen¹³, behoort zo spoedig mogelijk door de voor de behandeling verantwoordelijke persoon een behandelingsplan te worden opgesteld. (art. 38 lid 1 bopz). Het behandelingsplan heeft tot doel de stoornis zo te verbeteren dat het gevaar op grond waarvan de patiënt onvrijwillig in de bopz-instelling moet verblijven, wordt weggenomen (lid 3).¹⁴ Art. 2 lid 1 van het Besluit rechtspositieregelen, dat nadere regels bevat over huisregels, informatieverschaffing en het behandelingsplan, voegt daaraan toe dat het behandelingsplan de therapeutische middelen moet behelzen om dat doel te bereiken. Bovendien is hierin een plicht vastgelegd tot regelmatige toetsing van de in het plan opgenomen middelen aan de bereikte resultaten (art. 2 lid 2). Bij de behandeling van psychogeriatrische patiënten levert de doelstelling problemen op, omdat het verbeteren van de stoornis door de aard van de aandoening feitelijk niet mogelijk is. Dit probleem wordt door de regering onderkend, zoals onder meer blijkt uit het volgende citaat:

‘De verzorging, verpleging en behandeling in een zwakzinnigeninrichting en een verpleeginrichting is er op gericht de patiënt te stimuleren tot geestelijke

⁹ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 9, Vergaderjaar 1976-1977, 11 270. nr. 3, Vergaderjaar 1970-1971.

¹⁰ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 2, Vergaderjaar 1970-1971, p. 9, Vergaderjaar 1971-1972, p. 2, 11 270. nr. 7, Vergaderjaar 1976-1977, p. 2,3.

¹¹ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1979-1980, p. 6.

¹² O.a. Keurentjes, R.B.M., 2003, p. 2.

¹³ Dit kan gebeuren door middel van een art. 60-indicatie, een inbewaringstelling of een rechterlijke machtiging. Zie hierover verder hoofdstuk 6. De regeling van de interne rechtspositie van de Wet bopz geldt uitsluitend voor patiënten met een bopz-status binnen de bopz-aangemerkte instelling.

¹⁴ Ook hospitalisatie soms kan al als therapeutisch doel worden gezien. Zie HR, 1-7-'94, NJ 1994, 718, 1994 en Verduyn, C.J., 1995, p. 90.

en lichamelijke activiteit, opdat zijn geestestoestand zo mogelijk verbeterd en in elk geval niet of zo min mogelijk achteruitgaat. Wij menen dat onder deze omstandigheden geen aanleiding bestaat voor de vrees, geuit door de leden van de fractie van D66, dat voor de hier bedoelde patiënten een machtiging met een langere geldigheidsduur een ongunstige uitwerking op de behandeling zal hebben.¹⁵

In het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de eerste bopz-evaluatie wordt dit nog sterker verwoord:

‘Het begrip ‘behandelingsplan’ is zozeer toegespitst op het behandelen van de patiënt, teneinde gevaar weg te nemen, dat het moeilijk bruikbaar is in de psychogeriatric en de zorg voor verstandelijk gehandicapten. In die sectoren ligt het zwaartepunt op verzorging en begeleiding en niet op behandeling. Vandaar ook de in die sectoren gehanteerde benaming ‘zorgplan’. Wij denken aan een omschrijving waarin de verzorging en de begeleiding centraal staat. Een dergelijke omschrijving maakt duidelijk dat vrijheidsbeperkende maatregelen, die in verband met een verantwoorde zorg voor patiënten strikt noodzakelijk zijn, via de toepassing van het zorgplan moeten worden gerealiseerd.¹⁶

Tot een andere regeling voor psychogeriatricische patiënten en verstandelijk gehandicapten komt het echter niet. Dit heeft tot gevolg dat binnen het huidige kader van de Wet bopz vrijheidsbeperkende maatregelen eigenlijk alleen zijn toegestaan om de geestelijke gezondheidstoestand van de patiënt te verbeteren of hooguit om achteruitgang te voorkomen. De Inspectie schrijft in haar bulletin over melding in het kader van de Wet bopz in dit verband, dat de therapeutische middelen en maatregelen – dus ook vrijheidsbeperkingen – die zijn bedoeld om de stoornis te verminderen in relatie moeten worden gebracht tot de verschillende aspecten van de stoornis.¹⁷

7.2.3 Dwangbehandeling

Volgens de regering wekte de oorspronkelijke wettekst van de Wet bopz de suggestie dat ook behandeling zonder toestemming van de patiënt door het ziekenhuis mogelijk is. Daarom worden nieuwe bepalingen geïntroduceerd met betrekking tot dwangbehandeling, de hantering van dwangmiddelen en het recht overplaatsing te vragen.¹⁸

De dwangbehandelingsregeling die in de uiteindelijke versie van de Wet bopz is terechtgekomen gebruikt het begrip ‘dwang’ zelf niet, maar kent juridische relevantie toe aan het niet tot overeenstemming leiden van het overleg over het behandelplan en het zich verzetten van de patiënt of diens vertegenwoordiger tegen de uitvoering van (delen van) dat behandelplan¹⁹ (art. 38 bopz). Behandeling voor die onderdelen waartegen het verzet zich richt kan dan uitsluitend plaatsvinden indien dit volstrekt noodzakelijk is

¹⁵ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 6, Vergaderjaar 1990-1991, p. 8. Zie ook Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 17, Vergaderjaar 1980-1981, p. 33, waar gesteld wordt: ‘als men, zoals wij, behandelingsplannen ziet als plannen die een behandeling inhouden, ten minste gericht op de voorkoming van achteruitgang van patiënten, dan is het duidelijk dat ook voor demente bejaarden behandelingsplannen kunnen worden gemaakt. Behandelbaar betekent derhalve niet steeds: uitzicht op volledige genezing.’

¹⁶ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1997-1998, p. 37.

¹⁷ Zie ook Inspectie voor de Gezondheidszorg, 2002, p. 7-8.

¹⁸ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1979-1980, p. 6.

¹⁹ Analooq aan hetgeen gebruikelijk is bij de meeste instellingen die zich bezighouden met zorg aan psychogeriatricische patiënten, wordt in het navolgende van zorgplan gesproken.

om gevaar²⁰ voor de patiënt of voor anderen af te wenden. Daarbij dient tevens een causaal verband te bestaan tussen het gevaar en de geestelijke stoornis.

De gangbare opvatting over verzet is dat er geen vormvereisten zijn voor de wijze waarop dit geuit wordt en dat het bovendien niet noodzakelijk is dat de patiënt wilsbekwaam is.²¹ In de nota naar aanleiding van het eindverslag merkt het kabinet over 'verzet' op:

'Uitgangspunt bij de beoordeling van het verzet zijn de uitingen van de patiënt. Dit kunnen zowel verbale uitingen zijn, als feitelijke gedragingen. De leden van de VVD-fractie wijzen daarbij terecht op "posten" en weglööpgedrag. De gedragingen van de patiënt zullen geïnterpreteerd moeten worden. Wij verwachten dat in de inrichtingen zorgvuldig met de wettelijke normen zal worden omgegaan. Uitingen die op bezwaren kunnen duiden zullen serieus moeten worden genomen en niet min of meer vanzelfsprekend worden beschouwd als ziektesymptomen.'²²

Met bovenstaand citaat lijkt te worden aangegeven dat enige interpretatie van het begrip weliswaar onontkoombaar is, maar dat niet te gemakkelijk over verzet van de patiënt moet worden heengestapt met het argument dat het ziektesymptomen betreft.

Aan de duur van dwangbehandeling is geen maximum verbonden. Tijdens de behandeling van de bopz-novelle, wordt hierover in de memorie van antwoord opgemerkt dat deze afhankelijk is van het voortbestaan van het gevaar. Het opnemen van een maximumtermijn voor dwangbehandeling zou betekenen dat ook indien na het verstrijken van de termijn het gevaar nog niet geweken zou zijn, de patiënt aan diens lot zou worden overgelaten.²³

7.2.4 Noodsituaties

Buiten de context van het zorgplan kunnen eveneens vrijheidsbeperkende interventies worden gedaan en wel ter overbrugging van tijdelijke noodsituaties welke door de patiënt als gevolg van de stoornis van de geestvermogens worden veroorzaakt (art. 39 lid 1 bopz). Bedoelde interventies zijn nader omschreven in het besluit middelen en maatregelen bopz (zie art. 39 lid 2 bopz). Het betreft afzondering, separatie, fixatie, medicatie, toediening van vocht of voeding. (art. 2 Besluit middelen en maatregelen bopz).²⁴ Sepa-

²⁰ Sinds 1 januari 2004 is de grond teneinde dwangbehandeling te kunnen toepassen gewijzigd van het afwenden van *ernstig* gevaar in het afwenden van gevaar. De Tweede Kamer vond bij de behandeling van de voorwaardelijke en de observatiemachtiging dat het criterium 'ernstig gevaar' te beperkend werkt en dat men bij toepassing van dat criterium niet snel genoeg kan ingrijpen wanneer een situatie escaleert. Het criterium is dus nu hetzelfde als bij de onvrijwillige opname, maar het moet nog steeds gaan om een gevaar dat zich binnen de instelling voordoet. Handelingen Tweede Kamer, 27 289. nr. 31. Wijziging art. 38 lid 5 bopz. Amendement van der Hoek c.s., Vergaderjaar 2001-2002. Zie over dit onderwerp ook Rooke, R.P., de, 2002 en Keurentjes, R.B.M., 2002, p. 535, die beiden ageren tegen deze wijziging en vooral ook tegen de manier waarop dit is geschied.

²¹ O.a. Dijkers, W.J.A.M., 2003, p. 51, Klippe, C.J., van de, 1997, p. 75, Inspectie voor de Gezondheidszorg, 2002, p. 9.

²² Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 9, Vergaderjaar 1990-1991, p. 2.

²³ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1978-1979, p. 31 en Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 6, Vergaderjaar 1990-1991, p. 19.

²⁴ Deze worden als volgt gedefinieerd. Afzondering: het voor verzorging, verpleging en behandeling insluiten van een patiënt in een speciaal daarvoor bestemde eenpersoonskamer. Separatie: het voor verzorging, verpleging en behandeling insluiten van een patiënt, niet

ratie mag overigens in verpleeginrichtingen (verpleeghuizen en bopz-aangemerkte afdelingen van verzorgingshuizen) niet worden toegepast (art. 2 sub b Besluit M&M)

Opmerkelijk is dat nergens in de parlementaire stukken het begrip 'tijdelijke noodsituatie' wordt omschreven. In de nota van toelichting bij het Besluit middelen en maatregelen is daarentegen wel een uitleg te vinden. Hier wordt gesteld dat van een noodsituatie bijvoorbeeld sprake is, als de patiënt onverwacht zodanig psychotisch functioneert dat dit leidt tot gevaar voor de patiënt zelf of voor anderen. Van een noodsituatie kan ook sprake zijn als een meer dan de normale kans bestaat dat een dergelijke situatie zich zal gaan voordoen. Het beleid van een psychiatrisch ziekenhuis moet erop zijn gericht noodsituaties zoveel mogelijk te voorkomen, zodat middelen en maatregelen in noodsituaties slechts in uitzonderingsgevallen hoeven te worden toegepast.²⁵

Tijdens de noodsituatie mogen die (dwang)middelen en maatregelen worden gebruikt die nodig zijn om deze te overbruggen. De toepassing ervan is gebonden aan een maximumtermijn van zeven dagen. In tegenstelling tot bij dwangbehandeling hoeft er geen therapeutische doelstelling te zijn. Volgens de opstellers van deze bepaling mag, gezien het ontbreken van de betreffende maatregel in het behandelingsplan, steeds worden aangenomen dat de intentie bij de toepassing ervan niet is gericht op de behandeling, maar op het uitoefenen van geestelijke of fysieke dwang ter overbrugging van de noodsituatie.²⁶

In de nota van toelichting wordt gesteld dat de tijdelijkheid beperkingen oplevert in de keuze van de middelen. Er mogen bijvoorbeeld geen medicijnen worden toegediend met een zodanig langdurige werking dat geen sprake meer is van overbrugging van een tijdelijke situatie.²⁷

7.2.5 Waarborgen

In de Wet bopz zijn verschillende waarborgen ingebouwd teneinde de rechten van onvrijwillig opgenomen patiënten te beschermen tegen ongeoorloofde toepassingen van vrijheidsbeperking. Genoemd is reeds de plicht tot het opstellen van een zorgplan, zo spoedig mogelijk nadat de onvrijwillige opname heeft plaatsgevonden. Over de inhoud van het zorgplan moet de behandelaar in beginsel overeenstemming zien te bereiken met de patiënt zelf. Indien deze niet in staat kan worden geacht tot een redelijke belangenafweging ter zake, treedt een vertegenwoordiger op.²⁸ Ook werd opgemerkt dat een extra onderbouwing om vrijheidsbeperkingen toe te passen nodig is indien een patiënt zich daartegen verzet: binnen het kader van het zorgplan moet sprake zijn van gevaar; daarbuiten van een noodsituatie.

zijnde een patiënt verblijvend in een verpleeginrichting, in een speciaal daarvoor bestemde en door de minister van VWS als separeerverblijf goedgekeurde afzonderlijke ruimte. Fixatie: het op enigerlei wijze beperken van een patiënt in zijn bewegingsmogelijkheden. Medicatie: het aan een patiënt toedienen van geneesmiddelen. Toediening van vocht of voeding: het op enigerlei wijze toedienen van voedsel of vocht aan een patiënt.

²⁵ Nota van toelichting bij Besluit middelen en maatregelen bopz, 1993, p. 1. De nota wijst er daarnaast nog op dat in de psychogeriatric en de zwakzinnigenzorg noodsituaties minder vaak voor zullen komen dan in de psychiatrie, 'omdat het gedrag van deze patiënten veelal meer voorspelbaar is. De noodzakelijke maatregelen zullen dan ook veelal in het behandelingsplan kunnen worden opgenomen. Toch kan het ook in deze sectoren nodig zijn, voorafgaand aan de totstandkoming van een behandelingsplan of in onvoorzienbare noodsituaties middelen en maatregelen toe te passen.'

²⁶ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1979-1980, p. 40.

²⁷ Nota van toelichting bij Besluit middelen en maatregelen bopz, 1993, p. 2.

²⁸ Zie hierover hoofdstuk 5.

Als dwangbehandeling, of middelen en maatregelen in een noodsituatie zijn toegepast, dient in het zorgdossier van de patiënt in ieder geval te worden vastgelegd wanneer dit heeft plaatsgevonden en wat de redenen zijn die daartoe hebben geleid (art. 56 bopz). Voor toepassingen in noodsituaties geldt bovendien dat er een centraal register moet worden bijgehouden dat wordt ingericht naar een door de minister vastgesteld model (artt. 57 en 58 lid 2 bopz). Ten tijde van de opstelling van de wet werd ervaring opgedaan met een modelregister. Met dit register, dat door de hoofdinspectie was ontworpen, kon worden onderzocht welke dwangmiddelen bij AMvB moesten worden toegelaten. Aangezien het register een nuttig instrument leek, is vervolgens de verplichting tot het bijhouden van een centraal register in de wet opgenomen.²⁹

De inrichting van het centrale register is thans nader omschreven in de regeling kennisgeving en toepassing dwangbehandeling en middelen en maatregelen en registratie middelen en maatregelen bopz.³⁰ Art. 3 van deze regeling verplicht instellingen om in het register de afschriften van de aan de inspecteur gezonden formulieren op te nemen. De regeling omvat tevens de te gebruiken formulieren (artt. 1, 2 en bijlagen). Uit de parlementaire geschiedenis wordt niet duidelijk waarom uitsluitend gekozen is voor een centraal register ten behoeve van toepassingen van middelen en maatregelen in noodsituaties.

De bopz-arts³¹ dient dwangbehandeling te melden aan de Inspectie. Dit moet hij ingevolge art. 38 lid 6 bopz uiterlijk bij het begin van een toepassing doen. Naast het begin van een dwangbehandeling moet de bopz-arts tevens het einde ervan melden. Ook toepassing van middelen en maatregelen in een noodsituatie dient te worden gemeld (art. 39 lid 3 bopz). Ten behoeve van meldingen van dwangbehandelingen en toepassingen van middelen en maatregelen in noodsituaties dient een door de minister voorgeschreven formulier te worden gebruikt (art. 39a bopz jo. artt. 1 en 2 van de hierboven beschreven regeling).

Naast de meldingen van individuele toepassingen van middelen en maatregelen, moet de bopz-arts eens in de maand aan de inspecteur een afschrift van het centrale register sturen (art. 57 en 58 lid 2 bopz).

Bij de derde nota van wijziging wordt de meldingsplicht voor dwangbehandeling geïntroduceerd met als doel om op die manier het toezicht van de inspecteur te versterken.³² Aanvankelijk werd het niet wenselijk geacht dat de toepassing van middelen en maatregelen gemeld werd aan de Inspectie. De opstellers waren van mening dat een dergelijke verplichting weinig meerwaarde had. Zij waren beducht dat met name automatische doorzending van het register de schijn kan wekken dat het Staatstoezicht daarmee reeds een belangrijk aspect van zijn wakende functie kan vervullen. Voor een beoordeling van de gerechtvaardigheid en het wettelijke geoorloofd zijn van de getroffen maatregelen achtten zij evenwel een nader onderzoek noodzakelijk. Bovendien vonden de opstellers dat de Inspectie op grond van zijn algemene bevoegdheid om inlichtingen

²⁹ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1979-1980, p. 40, 44.

³⁰ Regeling van de Minister van Volksgezondheid Welzijn en Sport van 4 juni 2002. nr. GVM/2284808, Staatscourant 109. Regeling kennisgeving en toepassing dwangbehandeling en middelen of maatregelen en registratie middelen of maatregelen bopz, 2002. In werking getreden op 1 september 2002, Stb. 2002, 363.

³¹ De bopz-arts is de arts die met betrekking tot de uitvoering van de Wet bopz de taken van de geneesheer-directeur vervult, of zoals art. 1 lid 3 bopz dit formuleert 'belast is met de zorg voor de algemene gang van zaken op geneeskundig gebied in het psychiatrisch ziekenhuis'.

³² Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 17, Vergaderjaar 1980-1981, p. 5 en 17.

te vragen een voldoende basis had om alle gewenste gegevens met betrekking tot de toepassing van dwangmiddelen in ziekenhuizen ter beschikking te krijgen. Ook werd gesuggereerd dat ziekenhuizen nietszeggende omschrijvingen zouden produceren, omdat er onvoldoende draagvlak zou zijn.³³

Desondanks komt er ook voor toepassing van middelen en maatregelen in noodsituaties een meldingsplicht; zowel voor individuele toepassingen, als voor maandelijkse overzichten van de centrale registratie. Beide plichten worden bij amendement voorgesteld door het kamerlid Haas-Berger.³⁴ Een voorstel van het kamerlid Beckers-de Bruijn om eveneens een centrale registratie aan te leggen voor dwangbehandeling wordt niet overgenomen. Dit is opmerkelijk, omdat het onderscheid tussen beide regelingen niet lijkt te zijn ingegeven door een bewuste keuze.

De Inspectie is belast met toezicht. De inspecteur moet na het einde van iedere dwangbehandeling onderzoeken of de beslissing tot toepassing en de uitvoering zorgvuldig heeft plaatsgevonden (art. 38 lid 7 bopz). Bij toepassing van middelen en maatregelen in een noodsituatie schrijft de wet niet voor hoe gereageerd dient te worden. Dit onderscheid lijkt evenmin het gevolg van een weloverwogen keuze. Wellicht vloeit dit voort uit het feit dat lid 7 eveneens bij amendement is ingevoegd.³⁵

Tot slot kunnen onvrijwillig opgenomen patiënten op basis van art. 41 bopz een klacht indienen tegen toepassingen van vrijheidsbeperking.³⁶ Ten behoeve van patiënten die niet geacht worden zelf gebruik te kunnen maken van het klachtrecht kan de Inspectie zich tot de rechter wenden om een oordeel te vragen over de noodzaak van de dwangbehandeling (art 42 bopz).

7.2.6 Overige vrijheidsbeperkingen

Een ander onderdeel van de interne rechtspositie van patiënten betreft de huisregels (art. 37 bopz). Deze moeten op schrift staan en een overzicht daarvan dient aan de patiënt, en diens vertegenwoordigers te worden overhandigd. Art. 37 werd geïntroduceerd in de tweede nota van wijzigingen om de rechtszekerheid te bevorderen.³⁷

Huisregels gelden voor alle patiënten binnen de instelling. Art. 3 van het Besluit rechtspositieregelen bopz schrijft voor dat in de huisregels slechts algemene regels mogen staan die betrekking hebben op een ordelijke gang van zaken in de instelling. Deze regels mogen de vrijheid van handelen van de patiënten niet verder beperken dan voor dit doel strikt noodzakelijk is. In de huisregels mogen voorts geen regels staan die beperkingen aanbrengen die samenhangen met de aandoening van de patiënt. Dergelijke beperkingen horen thuis in een behandelingsplan, ook als die beperkingen voor een groot deel van de patiënten nodig zijn. De nota van toelichting geeft als voorbeeld dat in de huisregels niet geregeld mag worden dat in geval van hinderlijk gedrag beperking van de bewegingsvrijheid zal volgen. Wel geregeld mag worden datgene wat in het maatschappelijk verkeer betamelijk is, zoals bezoektijden, slaaptijden en maatregelen ter

³³ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 17, Vergaderjaar 1980-1981, p. 80.

³⁴ Met betrekking tot de individuele melding: Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 135, Vergaderjaar 1983-1984, 11 270. nr. 66, Vergaderjaar 1982-1983 Met betrekking tot verstrekking van het maandelijkse overzicht: Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 136, Vergaderjaar 1983-1984, 11 270. nr. 78, Vergaderjaar 1982-1983.

³⁵ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 141, Vergaderjaar 1983-1984. Zie over het toezicht door de inspectie verder hoofdstuk 8.

³⁶ Het klachtrecht wordt nader uiteengezet in hoofdstuk 9.

³⁷ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1979-1980, p. 14 en 38 (art. 36 oud).

voorkoming van geluidsoverlast.³⁸ Indien een patiënt zich niet aan de huisregels houdt, mogen hieraan gevolgen verbonden worden. Consequenties dienen er echter op te zijn gericht dat aan de verstoring van de ordelijke gang van zaken een eind wordt gemaakt, en mogen geen strafkarakter hebben.

Verder kent art. 40 bopz nog een aantal vrijheidsbeperkingen, die anders dan als middel of maatregel aangegeven bij AMvB krachtens art. 39 lid 2 bopz kunnen worden opgelegd aan onvrijwillig opgenomen patiënten. Het gaat om beperkingen in het recht op het ontvangen van bezoek (art. 40 lid 2 bopz), op bewegingsvrijheid (lid 3) en op vrij telefoonverkeer (lid 4). Deze beperkingen behoren een grondslag te hebben in de huisregels en moeten in overeenstemming daarmee worden opgelegd. Er zijn twee gronden voor toepassing, te weten:

1. Indien naar het oordeel van de behandelaar van de uitoefening van het betreffende recht ernstige nadelige gevolgen moeten worden gevreesd voor de gezondheidstoestand van de patiënt, of
2. Indien dit ter voorkoming van verstoring van de orde in het ziekenhuis, zoals die in de huisregels is beschreven, of ter voorkoming van strafbare feiten noodzakelijk is.

In lid 1 van art. 40 bopz staat nog een vierde beperking: het controleren van de poststukken gericht aan of afkomstig van een onvrijwillig opgenomen patiënt. In tegenstelling tot de andere beperkingen speelt hier uitsluitend een veiligheidsmotief.

Van de genoemde vier beperkingen mag uitsluitend een beperking van de bewegingsvrijheid op patiënten met een art. 60-indicatie worden toegepast (art. 61 bopz). De overigen gelden derhalve alleen voor patiënten met een rechterlijke machtiging of een inbewaringstelling.

Een sterk op het huidige art. 40 gelijkende bepaling was ook reeds in de eerste versie van de Wet bopz opgenomen.³⁹ Ook hier werd reeds een verband vereist tussen de noodzaak van de op te leggen maatregel en de gezondheidstoestand van de patiënt. Met de regeling werd beoogd te voorkomen dat beperkingen door psychiatrische ziekenhuizen in strijd met art. 8 lid 2 Evrm (bescherming van het privé-leven tegen ongeoorloofde inmenging van openbaar gezag) worden opgelegd.⁴⁰ De bepaling was reeds in de wet opgenomen, voordat men de behoefte voelde om een regeling met betrekking tot dwangbehandeling en noodsituaties te ontwerpen. Opmerkelijk is dat de regeling van art. 40 naderhand niet meer geïntegreerd is met de bepalingen die deze onderwerpen nader invullen. De vraag is of het onderscheid dat de wet thans maakt nog zinvol is. Zo valt bijvoorbeeld niet in te zien waarom het plaatsen van een persoon op een gesloten afdeling tegen diens wil – omdat het een art. 40 maatregel is – in tegenstelling tot een maatregel als separatie niet hoeft te worden geregistreerd en gemeld.

7.2.7 Conclusie

In deze paragraaf is het kader dat door de Wet bopz voor vrijheidsbeperking wordt geschapen, uiteengezet. Tenzij het een noodsituatie betreft is in beginsel vereist dat de vrijheidsbeperkende interventies een therapeutisch doel hebben. Dit doel moet zijn gericht op het verbeteren van de geestelijke toestand of in ieder geval op het voorkomen van achteruitgang daarvan. Vrijheidsbeperking dient in de meeste gevallen onderdeel te vormen van het zorgplan. Dit brengt met zich mee dat in beginsel de patiënt zelf toe-

³⁸ Nota van toelichting bij Besluit rechtspositieregelen bopz, 1993.

³⁹ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 2, Vergaderjaar 1970-1971, p. 5 (art. 29 oud).

⁴⁰ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 3, Vergaderjaar 1970-1971, p. 16.

stemming moet geven voor toepassing. Als hij hiertoe niet in staat is kan dit worden gedaan door diens vertegenwoordiger. Indien sprake is van verzet mag de vrijheidsbeperking slechts worden toegepast als deze noodzakelijk is om gevaar weg te nemen. Bovendien moet er een causaal verband zijn tussen het gevaar en de stoornis. Ten aanzien van verzet lijkt enige interpretatie toegestaan. Uit de parlementaire stukken blijkt wel dat verzet niet te gemakkelijk terzijde mag worden geschoven. Er is geen maximale termijn aan dwangbehandeling verbonden. Dit geldt wel voor noodsituaties, waarvoor een maximum geldt van zeven dagen. In tegenstelling tot dwangbehandeling is een therapeutisch doel niet vereist. Van een noodsituatie is sprake bij onvoorziene situaties waarin gevaar ontstaat of zich een aannemelijke kans op gevaar voordoet.

Tot slot kent de wet enkele vrijheidsbeperkingen die uit de huisregels voort kunnen vloeien. In dat geval mag de beperking slechts worden toegepast ter voorkoming van de verstoring van de orde of indien ernstige nadelige gevolgen moeten worden gevreesd voor de gezondheidstoestand van de patiënt. Alleen een beperking van de bewegingsvrijheid mag op psychogeriatrische patiënten die met een art. 60-indicatie zijn opgenomen, worden toegepast.

Ten behoeve van dwangbehandeling, toepassing van vrijheidsbeperking in noodsituaties en vrijheidsbeperking die uit de huisregels voortvloeit, kent de wet diverse waarborgen zoals registratie, melding en toezicht. Niet voor alle situaties gelden echter dezelfde waarborgen.

7.3 Vrijheidsbeperking op grond van de Wgbo

7.3.1 Inleiding

De Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo) is de centrale regeling als het gaat om de waarborging van patiëntenrechten. De basis van de wet is dat een hulpverlener en een patiënt met elkaar een overeenkomst sluiten over een geneeskundige behandeling. De wettelijke regeling beschrijft voornamelijk een aantal verplichtingen waar een hulpverlener bij de uitvoering van de overeenkomst aan moet voldoen. Door de in de wet opgenomen schakelbepaling is de reikwijdte ervan echter niet beperkt tot het kader van de overeenkomst.⁴¹

Over de vraag of op de voet van de Wgbo ook afspraken kunnen worden gemaakt over toepassingen van vrijheidsbeperking bestaat bij verschillende auteurs en organisaties verschil van mening. In deze paragraaf wordt ingegaan op deze vraag waarbij diverse standpunten nader worden belicht.

7.3.2 Inhoud en werking regeling Wgbo

7.3.2.1 Verrichting

Art. 7:446 BW geeft een definitie van handelingen en verrichtingen op het gebied van de geneeskunst. Er is sprake van een geneeskundige verrichting of handeling in de zin van de Wgbo als:

- a) Het gaat om een verrichting die rechtstreeks betrekking heeft op een persoon, die ertoe strekt:

⁴¹ Bij een onvrijwillige opname komt er bijvoorbeeld weliswaar geen overeenkomst tot stand, maar zijn de in de Wgbo opgenomen informatiebepalingen toch van toepassing bij de opstelling van het behandelplan. Zie Leenen, H.J.J., 1998, p. 9, Legemaate, J., 1996, Gevers, J.K.M., 1996; Gevers, J.K.M., Consistentie van wetgeving inzake de individuele hulpverleningsrelatie, 1998, p. 32-34.

- hem van een ziekte te genezen,
 - hem voor het ontstaan van een ziekte te behoeden,
 - zijn gezondheidstoestand te beoordelen, of
 - verloskundige bijstand te verlenen.
- b) Iedere andere handeling die rechtstreeks betrekking heeft op een persoon en die verricht wordt door een arts of tandarts, in die hoedanigheid;
- c) Het in het kader van een geneeskundige behandeling verplegen en verzorgen van een patiënt en het overigens rechtstreeks ten behoeve van de patiënt voorzien in de materiële omstandigheden waaronder die handelingen kunnen worden verricht.

Een verpleegkundige of verzorgende verrichting kan zelfstandig beschouwd worden als geneeskundige handeling als deze aan de onder (a) omschreven definitie voldoet. Daarbuiten valt een dergelijke verrichting binnen de definitie als deze in het kader van een behandeling door een arts of tandarts plaatsvindt. Volgens de parlementaire stukken zal in een verpleeghuis bij uitzondering geen sprake zijn van verrichtingen die niet onder de reikwijdte van de wet vallen. Meestal vormt de verpleging en verzorging hier onderdeel van een geneeskundige behandeling.⁴² Verzorging van gezonde ouderen in een verzorgingshuis valt daarentegen in de regel juist niet onder de wet, omdat in dat geval doorgaans geen sprake is van een geneeskundige behandeling.⁴³ Over verrichtingen door thuiszorgorganisaties wordt in de memorie van toelichting opgemerkt dat zolang de patiënt niet geheel hersteld is, er tenminste sprake is van 'aanpalende handelingen op grond van lid 3'.⁴⁴ De Wgbo is niet van toepassing in de thuiszorg als daar verpleging of verzorging wordt geboden die niet in het kader van een geneeskundige behandeling plaatsvindt en die ook niet op zichzelf kan worden gekwalificeerd als geneeskundige handeling.⁴⁵

Buiten de context van een behandelingsovereenkomst werkt de Wgbo vaak ook nog door, omdat veel bepalingen dan analoog van toepassing kunnen worden geacht.⁴⁶

7.3.2.2 Hulpverlener

Een geneeskundige behandelingsovereenkomst wordt aangegaan met een hulpverlener (art. 7:446 BW lid 1). Daarvan is sprake als iemand een geneeskundig beroep of bedrijf uitoefent. Een hulpverlener kan een natuurlijk persoon, maar ook een rechtspersoon zijn. Het dient dan echter wel om een rechtspersoon te gaan die het uitoefenen van gezondheidszorg als kernactiviteit heeft.⁴⁷ Van Veen stelt dat een hulpverlener steeds een instelling (rechtspersoon) is óf een zelfstandig gevestigd beroepsbeoefenaar, echter nooit een werknemer van een zodanige contractspartij. Werknemers moeten gezien worden als hulppersoon in de zin van het burgerlijk recht.⁴⁸

⁴² Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 7, Vergaderjaar 1990-1991, p. 18.

⁴³ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 6, Vergaderjaar 1990-1991, p. 4,5.

⁴⁴ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 3, Vergaderjaar 1989-1990, p. 10.

⁴⁵ Veen, E.B., van, 2002, p. 9.

⁴⁶ Gevers, J.K.M., 1996, p. 10.

⁴⁷ Zie ook Leenen, H.J.J., 1998, p. 9. Een instantie die een arts in dienst heeft, bijvoorbeeld een universiteit, is niet automatisch hulpverlener in de zin van de wet. Het verlenen van zorg is dan geen kernactiviteit van het bedrijf. Gaat het om een ziekenhuis of een verpleeghuis, dan is wel sprake van een rechtspersoon die hulpverlener is in de zin van de Wgbo.

⁴⁸ Veen, E.B., van, 2002, p. 10-11.

Of iemand als hulpverlener in de zin van de Wgbo kan worden beschouwd, hangt derhalve af van het feit of hij handelt in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf, en of hij een handeling verricht die valt onder de hiervoor omschreven definitie.⁴⁹

7.3.2.3 Vrijheidsbeperking en dwangbehandeling

Uit vorenstaande vloeit voort dat een vrijheidsbeperkende maatregel die aan de voorwaarden van het begrip geneeskundige handeling voldoet én die wordt uitgevoerd door een hulpverlener in de zin van de Wgbo, onderdeel kan vormen van een geneeskundige behandelingsovereenkomst. Dat wil zeggen dat de interventie moet zijn gericht op het verbeteren van de gezondheidstoestand of het behoeden voor het ontstaan van een aandoening. Vrijheidsbeperkingen die worden toegepast om een psychogeriatrische patiënt rustiger te laten worden of om te voorkomen dat deze valt, kunnen als geneeskundige handeling worden gekwalificeerd. Geen geneeskundige handeling is een vrijheidsbeperking die bij wijze van sanctie wordt ingezet. Een vrijheidsbeperkende maatregel kan in ieder geval als geneeskundige handeling worden beschouwd als de verantwoordelijkheid voor de uitvoering ligt bij een arts.

Een geneeskundige behandelingsovereenkomst wordt doorgaans gesloten tussen een hulpverlener enerzijds en de patiënt zelf anderzijds. Indien deze niet in staat is tot een redelijke belangenafweging ter zake, kan de opdracht tot een dergelijke overeenkomst worden gegeven door een ander dan de patiënt. De toestemming voor de vrijheidsbeperkende interventie moet worden gegeven door de vertegenwoordiger van de patiënt (art. 7:465 lid 1 en 2 BW voor minderjarigen, en lid 2 en 3 voor meerderjarigen).⁵⁰

Dikwijls zal de uitvoering van een vrijheidsbeperkende maatregel door een wilsonbekwame psychogeriatrische patiënt in kwestie niet bestreden worden. Indien deze hier tegen wel bezwaren heeft treedt art. 7:465 lid 6 BW in werking. Deze bepaling luidt:

‘Verzet de patiënt zich tegen een verrichting van ingrijpende aard waarvoor een persoon als bedoeld in de leden 2 of 3 toestemming heeft gegeven, dan kan de verrichting slechts worden uitgevoerd indien zij kennelijk nodig is ten einde ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen.’

Uit deze bepaling kunnen de volgende – cumulatieve – voorwaarden worden afgeleid op basis waarvan dwangbehandeling mag worden toegepast:

- a) De patiënt is wilsonbekwaam.⁵¹
- b) Er is toestemming van een vertegenwoordiger (indien de vertegenwoordiger echter niet handelt als goed vertegenwoordiger (lid 5) of een vertegenwoordiger ontbreekt, kan de hulpverlener handelen in het kader van zijn goed hulpverlenerschap).
- c) Het gaat om een verrichting van ingrijpende aard.
- d) De verrichting is kennelijk nodig om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen. Volgens Advocaat-Generaal Langemeijer⁵² bestaat het verschil met art. 38 lid 5 bopz vooral hierin, dat de voorwaarde in lid 6 art. 465 BW gelezen moet worden als ernstig nadeel voor de patiënt zelf. Bij de Wet bopz gaat het niet alleen om ernstig gevaar voor de patiënt maar ook voor anderen. Een nadeel dat uitsluitend voor ande-

⁴⁹ Leenen, H.J.J. en J.K.M. Gevers, 2000, p. 186.

⁵⁰ Zie hierover hoofdstuk 5.

⁵¹ Zie hierover ook Legemaate, J., 1996, p. 20, die uitdrukkelijk stelt dat dwangbehandeling op basis van de Wgbo, in tegenstelling tot de Wet bopz, bij wilsonbekwame patiënten niet mogelijk is.

⁵² Conclusie bij HR, 6-12-'02, BJ 1, 2003.

ren bestaat, volstaat dus niet wanneer het gaat om de vraag of dwangbehandeling mag worden toegepast op basis van de Wgbo.

Naast verrichtingen van ingrijpende aard kent de Wgbo ook verrichtingen van niet-ingrijpende aard (art. 7:466 lid 2 BW). Uit de wettekst en de toelichtingen daarop blijkt dat voor niet-ingrijpende de toestemming mag worden verondersteld. De omstandigheden moeten met andere woorden zodanig zijn dat mag worden aangenomen dat de betrokkene desgevraagd uitdrukkelijk met de verrichting zou instemmen.⁵³ Volgens de nadere memorie van toelichting is het weigeren van de uitvoering van een niet-ingrijpende verrichting daarom juridisch relevant.⁵⁴ Verzet de patiënt zich tegen de verrichting, dan zou betoogd kunnen worden dat deze per definitie als ingrijpend beschouwd moet worden gezien, waarvoor dan art. 7:465 lid 6 BW zou moeten gelden. In dat geval zal onder meer moeten worden aangetoond dat de verrichting noodzakelijk is om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen.⁵⁵ Overigens dienen vrijheidsbeperkende maatregelen, zeker die welke worden geregeld in het Besluit Middelen en Maatregelen, te allen tijde als ingrijpende verrichting te worden beschouwd, zoals Van Veen⁵⁶ en Frijlink⁵⁷ terecht betogen.

Naast bovengenoemde situaties kan er zonder toestemming gehandeld worden in noodsituaties (art. 7:466 BW). Met noodsituaties worden hier situaties bedoeld waarin de patiënt niet in staat is om zijn toestemming te geven en de toestemming van een vertegenwoordiger niet kan worden afgewacht, bijvoorbeeld omdat onmiddellijke hulpverlening geboden is.⁵⁸

Noch tijdens de behandeling in de beide Kamers, noch in de literatuur is hierover discussie geweest. Het lijkt erop dat men ofwel vrijheidsbeperking op basis van deze bepaling niet ontoelaatbaar acht ofwel uitsluitend medische noodsituaties zoals na een ongeluk voor ogen heeft gehad. Onduidelijk is hoe lang de noodsituatie voortduurt. De systematiek van de wet lijkt met zich mee te brengen dat toestemming moet worden gevraagd aan de patiënt of diens vertegenwoordiger, zodra dit redelijkerwijs mogelijk is.

7.3.2.4 Conclusie

Vrijheidsbeperking kan onderdeel vormen van een geneeskundige behandelingsovereenkomst, mits toestemming is gegeven en de patiënt geen verzet uit. Daarnaast is vrijheidsbeperking bij wijze van dwangbehandeling of in een noodsituatie toegestaan als voldaan wordt aan de voorwaarden die in art. 7:465 lid 6, respectievelijk 7:466 BW worden gesteld.⁵⁹ Hiermee zijn de contouren geschetst van het systeem van de Wgbo. Het maakt duidelijk dat vrijheidsbeperkende maatregelen op basis van deze wet mogelijk

⁵³ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 6, Vergaderjaar 1990-1991, p. 71.

⁵⁴ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 11, Vergaderjaar 1991-1992, p. 18. Zie ook Veen, E.B., van, 1998, p. 52 die hetzelfde betoogt.

⁵⁵ Frijlink (1996, p. 126) stelt daarentegen dat aan het verzet van een wilsonbekwame patiënt tegen een niet-ingrijpende verrichting waarvoor een vertegenwoordiger toestemming heeft gegeven, mag worden voorbijgegaan. Dit wordt ook gesteld in Dute, J.C.J., R.D. Friele, J.K.M. Gevers, et al., 2000.

⁵⁶ Veen, E.B., van, 1998, p. 55.

⁵⁷ Frijlink, A., 1996.

⁵⁸ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 3, Vergaderjaar 1989-1990, p. 48-49.

⁵⁹ Ook de RVZ erkent dat op basis van deze twee bepalingen dwang kan worden toegepast in een ambulante setting. Over de reikwijdte laat deze zich echter niet uit. Zie Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, 1997, p. 47.

zijn, maar het geeft niet aan waar grenzen liggen. Dit is het onderwerp van paragraaf 7.3.3.

7.3.3 Reikwijdte dwangbehandelingsregeling volgens nationaal recht

Het is met name de werking van art. 7:465 lid 6 BW die in de literatuur tot discussie heeft geleid. Veel auteurs gaan in op het feit dat naast de Wet bopz de Wgbo blijft gelden in situaties waarin de Wet bopz niet van toepassing is. Daarbij met name wordt gerefereerd aan somatisch-medische behandelingen. Over de toepasbaarheid daarbuiten wordt niet of nauwelijks gerept.⁶⁰

Door de Inspectie, is aangevoerd dat art. 7:465 lid 6 BW betekent dat slechts ingeval van somatisch handelen dwangbehandeling is toegestaan.⁶¹ Ook Keurentjes lijkt die mening toegedaan.⁶² De Inspectie legt de systematiek van de wet zodanig uit dat de Wet bopz een bijzondere wet is die het behandelen van een geestelijke stoornis tot doel heeft, en daarom voor die situatie prevaleert boven de Wgbo. De uitleg brengt met zich mee dat op plaatsen waar de Wet bopz niet geldt, een patiënt eerst onvrijwillig zou moeten worden opgenomen in een bopz-instelling, alvorens een vrijheidsbeperking die gericht is op behandeling van een psychiatrische of psychogeriatrische aandoening kan worden toegepast.⁶³

Anderen beweren daarentegen dat dwangbehandeling ook buiten het kader van de Wet bopz mogelijk is.⁶⁴ Volgens deze uitleg mag dwangbehandeling op plaatsen waar deze wet niet van toepassing is niet alleen worden ingezet vanwege behandeling van somatiek, maar ook ter behandeling van een geestelijke stoornis. Hieronder wordt nader ingegaan op de reikwijdte volgens parlementaire geschiedenis, literatuur en jurisprudentie, waarbij zal worden betoogd dat een ruime uitleg van art. 7:465 BW de voorkeur verdient.

Een eerste argument dat voor een ruime werking pleit is de plaats die de Wgbo in het recht inneemt. Deze wet heeft tot doel alle zaken te regelen met betrekking tot patiëntenrechten. Bepalend voor toepassing is het begrip (geneeskundige) verrichting. Daarbij

⁶⁰ O.a. Frijlink, A., 1996, Legemaate, J., 1996, Stikker, T.S., 2003. Zie ook de eerder aangehaalde jurisprudentie over gedwongen opnemingen ten behoeve van somatische behandelingen (noot 44 in hoofdstuk 6). Dute stelt in zijn noot onder één van deze arresten (Rb. Middelburg, 18-3-'03, BJ 56, 2003) dat art. 7:465 lid 6 BW voldoende grondslag biedt voor fysieke dwang. Hij betoogt dat wanneer hier niet van zou worden uitgegaan, het betreffende artikel van zijn zin zou worden beroofd, omdat voor het doorbreken van verzet altijd enigerlei mate van fysieke dwang nodig zal zijn.

⁶¹ Inspectie voor de Gezondheidszorg, 2002, p. 19-20. De Inspectie stelt dat in geval van toepassing van middelen en maatregelen op een vrijwillig opgenomen patiënt, in een noodsituatie een IBS moet worden aangevraagd, en bij dwangbehandeling een RM of indien de patiënt zich niet verzet tegen opname of verblijf, een bopz-indicatie. Ook wordt gesteld: 'dwangbehandeling in het kader van de Wgbo (art. 465 lid 6) is in de GGZ, de GZ en de PG alleen mogelijk als het gaat om een somatische behandeling van ingrijpende aard.'

⁶² Keurentjes, R.B.M., 2003, p. 115.

⁶³ Zie hierover ook Zuiderhout in zijn noot onder eerdergenoemd arrest van de HR, 6-12-'02, BJ 1, 2003.

⁶⁴ Zie onder meer Veen, E.B., van, 2002, p. 126-131, Gevers, J.K.M., 2001, p. 520, Leenen, H.J.J. en J.K.M. Gevers, 2000, p. 283-286. Vermeldenswaard is ook Van Boven 2003, p. 66-68 die stelt dat dwang op basis van artt. 7:465 lid 6 en 466 uitsluitend kortdurend en incidenteel is toegestaan. Bij herhaling dient volgens haar een IBS of RM te worden aangevraagd, omdat de Wet bopz meer bescherming biedt.

gaat het niet alleen over somatische aandoeningen, maar ook over psychiatrische of psychogeriatrische aandoeningen. Indien een bijzondere wet van toepassing is geldt zij aanvullend naast deze wet. In het geval van de Wet bopz is dit ook uitdrukkelijk door de regering benoemd. Dit betekent dat via de Wgbo geen onvrijwillige opname kan worden bewerkstelligd in een bopz-aangemerkte instelling, omdat de Wet bopz daar uitdrukkelijk te volgen procedures voor gelast. Het betekent ook dat *indien* een patiënt onvrijwillig is opgenomen via de Wet bopz, de Wgbo slechts van toepassing is voor zover de Wet bopz geen regeling heeft getroffen. Er is weliswaar geen overeenkomst gesloten, maar de schakelbepaling van art. 7:464 BW maakt het mogelijk dat bepalingen uit de Wgbo van overeenkomstige toepassing zijn voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daar niet tegen verzet.⁶⁵

In de redenering die door de Inspectie en anderen wordt gevolgd kan de dwangbehandelingsbepaling van art. 7:465 lid 6 BW slechts worden ingezet voor behandeling van somatiek. Volgens de hierboven beschreven systematiek is dit juist voor zover het gaat om onvrijwillig in een bopz-instelling opgenomen patiënten. Voor deze patiënten gaat de dwangbehandelingsregeling van de Wet bopz vóór die van de Wgbo.

De vraag is echter of de systematiek tevens met zich meebrengt dat art. 7:465 lid 6 BW deze beperkte betekenis heeft als het geen onvrijwillig opgenomen patiënten betreft. De parlementaire geschiedenis van de Wet bopz geeft geen aanwijzingen dat de wetgever een dergelijke uitleg voor ogen heeft gestaan. Ten tijde van de besprekingen van dwangbehandelingsbepaling in de Wet bopz bestond die van de Wgbo nog niet, zodat de verhouding tussen beide bepalingen destijds niet uitdrukkelijk aan de orde is gekomen. Indirect kan deze betekenis echter ook niet uit de toelichtingen worden afgeleid. In paragraaf 7.2.3 werd beschreven dat de dwangbehandelingsregeling van art. 38 in de Wet bopz is bedoeld ter bescherming van de interne rechtspositie van onvrijwillig opgenomen patiënten. Met de introductie van deze bepaling beoogde men de suggestie weg te nemen dat dwangopname automatisch met zich mee zou brengen dat dwangbehandeling kon worden toegepast. Met situaties waarin de Wet bopz niet van toepassing is had dit niets van doen.

De rechtspositie van vrijwillig opgenomen patiënten is in de parlementaire stukken van de Wet bopz nauwelijks een issue. Voor zover erover gesproken wordt, betreft dit voornamelijk de juridische status. Van belang wordt geacht dat men tijdig onderkent wanneer de nodige bereidheid tot verblijf komt te ontbreken. Het thema dwangbehandeling bij vrijwillig opgenomen patiënten blijft buiten beschouwing.

In de parlementaire geschiedenis zijn dus geen aanwijzingen te vinden dat de dwangbehandelingsbepaling van art. 38 bopz mede tot doel heeft patiënten die niet onvrijwillig zijn opgenomen te vrijwaren van dwangbehandeling die gericht is op hun geestelijke stoornis. Dat brengt met zich mee dat de Wgbo en ook art. 7:465 lid 6 BW in situaties waarin de Wet bopz niet geldt een volledige werking blijven houden.

⁶⁵ Door de verantwoordelijke bewindslieden wordt in de memorie van antwoord aangegeven dat naast de bescherming die de Wgbo in zijn algemeenheid ook aan psychiatrische patiënten biedt, de noodzaak blijft bestaan om voor specifieke situaties aparte regelingen te treffen van administratiefrechtelijke aard, waarbij verwezen wordt naar de gedwongen opname. Zie Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 6, Vergaderjaar 1990-1991, p. 4,5. Ter vereenvoudiging van de wetten zijn in het oorspronkelijke voorstel van de Wet bopz een aantal bepalingen geschrapt die betrekking hadden op het vragen van toestemming en het informeren van patiënten. Deze bepalingen werden overbodig geacht nu de Wgbo in deze situatie aanvullend kan werken. Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr. 3, Vergaderjaar 1989-1990, p. 51,52.

Een tweede argument dat pleit voor een ruime werking van art. 7:465 lid 6 BW is de wordingsgeschiedenis van deze bepaling. Voordat deze geïntroduceerd wordt, is het standpunt van de regering dat 'gefundeerd verzet' van de wilsonbekwame patiënt tegen een bepaalde behandeling een rol speelt, maar dat toestemming van een vertegenwoordiger in principe voldoende is om een behandeling te doen plaatsvinden.⁶⁶

Vrijwel aan het einde van de behandeling van het voorstel Wgbo door de Tweede Kamer wordt de bepaling inzake dwangbehandeling voor ingrijpende verrichtingen bij amendement door Kamerlid Kohnstamm (D'66) ingevoegd. Hij hanteert dezelfde argumentatie als destijds bij de introductie van de regeling van dwangbehandeling in de Wet bopz. Kohnstamm wilde voorkomen dat wilsonbekwame patiënten op basis van de Wgbo min of meer vogelvrij waren ten aanzien van verrichtingen. Daarom vond hij het noodzakelijk dat er een soortgelijke regeling kwam voor het geval deze patiënten zich verzetten. De hulpverlener moet dan met een extra motivering komen waarom een verrichting toch noodzakelijk is. Bij zijn toelichting rept Kohnstamm niet van een beperkte reikwijdte. Het gaat om alle situaties waarin een wilsonbekwame patiënt zich verzet.⁶⁷ Noch de opsteller, noch de bepaling zelf beperkt de werking van art. 7:465 lid 6 BW tot somatiek.

Kohnstamm beoogde dus slechts een regeling voor dwangbehandeling te construeren analoog aan die van art. 38 lid 5 bopz. Vanwege de formuleringen die reeds in de Wgbo werden gebruikt heeft hij voor 'ernstig nadeel' gekozen, maar daarmee bedoelde hij hetzelfde als 'ernstig gevaar' in de Wet bopz.

De rechter heeft zich enige malen heeft uitgesproken over de toepasbaarheid van art. 7:465 lid 6 BW, al zijn daarbij nooit duidelijke uitspraken gedaan over de reikwijdte van deze bepaling. In paragraaf 6.2.3.1 zijn deze uitspraken uitgebreid besproken. Het betreft uitspraken in zaken waarin een voorlopige machtiging wordt aangevraagd om dwangbehandeling op basis van art. 38 bopz mogelijk te maken. In een aantal gevallen wordt die machtiging gehonoreerd, maar in sommige ook geweigerd. Bij de weigering wordt onder meer verwezen naar de mogelijkheid van dwangbehandeling op basis van art. 7:465 lid 6 BW.

Bestudering van de jurisprudentie laat zien dat de meeste rechtbanken geneigd zijn mee te gaan in de omzetting van een vrijwillig verblijf in een intramurale instelling naar een onvrijwillig verblijf. Als een patiënt de noodzakelijke behandeling weigert, wordt al snel de nodige bereidheid tot verblijf afwezig geacht. Dit gaat zeker op als sprake is van ernstig gevaar of bijkomende omstandigheden, zoals wegliepgedrag. Dat betekent echter geenszins dat vrijheidsbeperkingen buiten het toepassingsgebied van de Wet bopz niet zouden zijn toegestaan. Sommige rechtbanken overwegen dan ook uitdrukkelijk dat dwangbehandeling op de voet van de Wgbo mogelijk is,⁶⁸ zelfs als de machtiging toegewezen wordt.⁶⁹ De drijfveer om een machtiging toe te staan is dat de Wet bopz in vergelijking tot de Wgbo meer rechtsbescherming biedt.

De Hoge Raad heeft zich nooit over de mogelijkheid van dwangbehandeling van geestelijke stoornissen op basis van de Wgbo uitgelaten. Twee Advocaten-Generaal deden dit echter wel. Leijten achtte vrijheidsbeperkingen in noodsituaties toegestaan, zonder dat hij daarvoor een onderbouwing gaf.⁷⁰ Langemeijer sloot in één uitspraak vrijheidsbeper-

⁶⁶ Legemaate, J., 1991, p. 402.

⁶⁷ Handelingen Tweede Kamer, 21 561. nr.28, Vergaderjaar 1993-1994.

⁶⁸ Rb. Zutphen, 19-12-'97, kBJ 19, 1998, Rb. Alkmaar, 10-2-'98, kBJ 43, 1998, Rb. Amsterdam, 24-8-'00, BJ 6, 2001, Rb. Amsterdam, 12-8-'02, BJ 5, 2003.

⁶⁹ Rb. Amsterdam, 13-2-'01, BJ 39, 2001, Rb. Amsterdam, 10-10-'00, BJ 7, 2001.

⁷⁰ HR, 7-4-'95, NJ 616, 1995.

king op basis van de Wgbo zonder nadere toelichting uit.⁷¹ In de tweede ging hij wel dieper in op de mogelijkheid van dwangbehandeling op basis van de Wgbo.⁷² Hij verwijst naar de parlementaire geschiedenis waarin wordt gesteld dat de weigering om mee te werken aan een behandeling niet automatisch inhoudt dat een vrijwillig opgenomen patiënt niet meer de bereidheid toont tot verder verblijf in een ziekenhuis.⁷³ Hij stelt dat dit echter onverlet laat dat weigering met zich mee kan brengen dat de *nodige* bereidheid tot voortgezet verblijf ontbreekt. In dat geval is alsnog een machtiging vereist. Langemeijer constateert dat deze maatstaf in de rechtspraak sedertdien aangehouden is.

Langemeijer is van mening dat bij een vrijwillig opgenomen patiënt eveneens dwangbehandeling mogelijk is op basis van art. 7:465 lid 6 BW. Het belangrijkste verschil met art. 38 bopz is volgens hem dat in de laatste bepaling ook het gevaar voor anderen dan de patiënt zelf wordt genoemd. Bij een beoordeling of bij een vrijwillig opgenomen patiënt een voorlopige machtiging noodzakelijk is, dient volgens Langemeijer niet én te worden onderzocht of bij die patiënt de nodige bereidheid ontbreekt, én te worden bekeken in hoeverre aan het gevaarscriterium is voldaan. Hij vindt dat de rechter behoort te onderzoeken of het gevreesde gevaar kan worden weggenomen *door* de vrijwillige opname. Aan het slot van zijn overwegingen stelt hij dat de rechter in het kader van het gevaarscriterium mede rekening kan houden met de mogelijkheden die de artikelen 7:450-7:465 BW bieden. In de onderhavige uitspraak concludeert Langemeijer overigens dat in casu het gevaar niet kan worden weggenomen door de bereidheidsverklaring van betrokkene in het ziekenhuis te blijven, omdat deze voorwaarden stelt aan verder verblijf. De Hoge Raad neemt deze conclusie over. Met deze laatste uitspraak stelt Langemeijer dus de route van art. 7:465 lid 6 BW nadrukkelijk open. De Hoge Raad lijkt dit te volgen, al wordt dat niet met zo veel woorden gezegd.

Tot op heden deed slechts één rechtbank een uitspraak waarin werd geconstateerd dat dwangbehandeling op basis van de Wgbo niet mogelijk is. Een motivering voor deze beslissing ontbrak echter.⁷⁴

De jurisprudentie laat zien dat het niet noodzakelijk is om iemand onvrijwillig op te nemen op basis van de Wet bopz teneinde dwangbehandeling toe te passen, die betrekking heeft op een geestelijke stoornis. Vooralsnog is er geen reden in de rechtspraak of elders te vinden, waarom dwangbehandeling op basis van de Wgbo niet zou zijn toegestaan. Nergens in de wet, de totstandkomingsgeschiedenis of in de jurisprudentie zijn restricties aangebracht in de dwangbehandelingsregeling van art. 7:465 BW. Aangezien met deze bepaling hetzelfde werd beoogd als art. 38 bopz moet daarom geconcludeerd worden dat de reikwijdte met in achtneming van de door de Wgbo zelf gestelde voorwaarden dezelfde is als die op basis van de dwangbehandelingsbepaling uit de Wet bopz.

7.3.4 Reikwijdte in relatie tot Europees recht

7.3.4.1 Inleiding

In de vorige paragrafen werd de conclusie getrokken dat de Wgbo de ruimte biedt om vrijheidsbeperkende maatregelen toe te passen. Bovendien werd geconstateerd dat dit

⁷¹ HR, 2-11-'01, BJ 1, 2002.

⁷² HR, 6-12-'02, BJ 1, 2003.

⁷³ Handelingen Eerste Kamer, Vergaderjaar 1991-1992, p. 12.

⁷⁴ Rb. Arnhem, 6-11-'01, BJ 1, 2002.

tevens mogelijk is onder dwang – zowel in een noodsituatie als daarbuiten – mits aan de voorwaarden is voldaan. Deze zienswijze wordt door verschillende auteurs gedeeld. De meesten stellen daarbij echter wel de grens dat vrijheidsbeperkende maatregelen slechts mogelijk zijn voor zover dit niet leidt tot vrijheidsbeneming van patiënten. Bij de auteurs die hierover een uitspraak doen, is voor deze bewering niet of nauwelijks een onderbouwing te vinden.⁷⁵ Vrijheidsbeneming wordt in dit verband doorgaans gedefinieerd als de situatie waarin 'een persoon zich van de plaats waar hij zich bevindt niet verwijderen kan, wanneer hij óf opgesloten is, dat hij zich niet kan voortbewegen, zodat hij zich langs de gewone uitgang niet kan verwijderen zonder geweld te plegen of te ondergaan, óf zodanig gekneveld is dat hij zich niet kan voortbewegen.'⁷⁶ Slechts de Rode geeft een extra toelichting. Zij stelt dat er ingeval van vrijheidsbeneming strijd is met het Evrm, maar waarom dit zo is licht zij niet toe.⁷⁷ Overigens zou, indien deze zienswijze juist is, de conclusie niet moeten luiden dat de reikwijdte van de wet beperkt is, maar slechts dat er strijd is met verdragsrechtelijke bepalingen.⁷⁸

Hieronder wordt nader onderzocht of de dwangbehandelingsregeling op basis van de Wgbo mogelijk in strijd is met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Evr). Daarnaast wordt ingegaan op het nog niet door Nederland geratificeerde Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Biogeneeskunde (Vrmb).

7.3.4.2 *Evr*

Twee bepalingen zijn met betrekking tot dit onderwerp relevant, te weten art. 5 lid 1 Evrm en art. 2 van het Vierde Protocol bij het Evrm. In hoofdstuk 6 zijn deze bepalingen deels letterlijk weergegeven. Uit onder meer het Winterwerp-arrest⁷⁹ kan geconcludeerd worden dat art. 5 lid 1 onder e Evrm alleen over vrijheidsbeneming gaat en niet over behandeling. Het EHRM overweegt daar immers: 'that a mental patient's right to treatment appropriate to his condition cannot as such be derived from Article 5 par. 1 (e). Furthermore, the evidence contains no suggestion, as regards treatment, of a breach of any other provision in the Convention'.

Dwangbehandeling op basis van art. 7:465 lid 6 BW, maar ook op de voet van art. 38 lid 5 bopz kan worden gekwalificeerd als een vrijheidsbeperking ten behoeve van de bescherming van de gezondheid als bedoeld in art. 2 lid 3 Protocol IV.⁸⁰ Beide regelingen voldoen ook aan deze bepaling: er moet een wettelijke basis zijn.

⁷⁵ Rb. Zutphen, 6-10-'79, kBJ 28, 1998, HR, 7-4-'95, NJ 616, 1995, Rb. Zwolle, 25-1-'00, kBJ 53, 2000, Rb. 's-Hertogenbosch, 11-9-'00, BJ 29, 2001, Rb. 's-Hertogenbosch, 6-10-'99, kBJ 30, 2000, Rode, R.P., de, 2003, p. 53. Daarentegen geeft Stikker, T.S., 2003, p. 39-40 aan dat niet helder is welke ruimte de hulpverlener heeft om dwangbehandeling toe te passen.

⁷⁶ R Emmelink, J., Aantekening 1a i.j. art. 282 Sr, in het losbladige 'Het wetboek van Strafrecht'. Vergelijk ook Legemaate, J., 1991, p. 108-109.

⁷⁷ Rb. Zwolle, 25-1-'00, kBJ 53, 2000.

⁷⁸ Nu de wet en de parlementaire geschiedenis niet duidelijk zijn in de reikwijdte ervan, dient dit nader te worden ingevuld door middel van jurisprudentie. Daarbij mag de rechter niet toetsen aan de Grondwet (zie art. 120 GW), echter wel aan verdragen. Zie ook Bellekom, T.L., A.W. Heringa, T. Koopmans en R.E. Winter, de, 2002.

⁷⁹ Winterwerp, EHRM 24-10-'79, NJ 114, 1980.

⁸⁰ In het geval van art. 38 lid 5 bopz gaat het daarnaast ook om het belang van de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Het EHRM ziet een glijdende schaal tussen vrijheidsbeperking in de zin van art. 2 lid 3 Protocol IV en vrijheidsbeneming in de zin van art. 5 lid 1 Evrm.⁸¹ Een onvrijwillige opneming alleen is nog niet voldoende om vrijheidsbeneming aan te nemen. Aan de andere kant betekent het ontbreken van verzet tegen de opneming of het feit dat iemand niet op een gesloten afdeling is opgenomen ook niet zonder meer dat van vrijheidsbeneming geen sprake is.⁸² Het Hof houdt rekening met allerlei factoren in de concrete situatie, zoals de aard, de duur, de effecten en de wijze van tenuitvoerlegging van de genomen maatregel.⁸³ De afweging is vooral feitelijk van aard.⁸⁴ Uit de jurisprudentie van het Hof leek aanvankelijk naar voren te komen dat vrijheidsbeneming minder snel wordt aan genomen naarmate het behandelingskarakter meer voorop staat. Dat verklaart bijvoorbeeld het verschil tussen de arresten inzake Ashingdane en Nielsen. Met het arrest H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk wordt dit idee echter enigszins ondergraven. Hier legde het EHRM een grote nadruk op het controleverlies van de patiënt op diens eigen situatie.⁸⁵

Wel duidelijk is dat zeer waarschijnlijk van vrijheidsbeneming gesproken kan worden bij een onvrijwillige opneming in een intramurale instelling, gecombineerd met verdere vrijheidsbeperkende maatregelen.⁸⁶

Een andere mening is Krul-Steketee toegedaan, die stelt dat een opneming van wilsonbekwame verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten die niet in staat zijn tot handhaving buiten de instelling, per definitie gebeurt in het kader van noodzakelijke zorgverlening, waarvoor geen speciale door het Evrm vereiste wettelijke regeling nodig is.⁸⁷ Sinds het arrest H.L. tegen Verenigd Koninkrijk is echter duidelijk dat deze zienswijze in de opinie van het EHRM niet volstaat.

Niettegenstaande de tegen Krul-Steketee ingebrachte kritiek, kan echter geconcludeerd worden dat een dwangbehandeling op basis van de Wgbo niet automatisch gekwalificeerd zal kunnen worden als vrijheidsbeneming in de zin van art. 5, zelfs niet als het om een onvrijwillige opneming in een niet aangemerkte bopz-instelling gaat. Bepalend zullen zijn de feitelijke mogelijkheden voor de patiënt om nog controle te hebben op zijn eigen situatie.

Gesteld dat een bepaalde dwangbehandeling, bijvoorbeeld fixatie gecombineerd met afzondering, beschouwd kan worden als vrijheidsbeneming. In dat geval moet de procedure voldoen aan art. 5 lid 1 Evrm. Bovendien moet dan worden voldaan aan art. 5 lid 4 Evrm, hetgeen inhoudt dat degene wiens vrijheid is ontnomen directe toegang tot de rechter moet krijgen. Deze bepaling schrijft niet voor dat er een verplichte rechterlijke beoordeling vooraf is.⁸⁸ Uit de kamerstukken blijkt dat de regering art. 5 lid 4 als volgt interpreteert: 'toegang tot de rechter houdt geen automatische tussenkomst van de rechter in. Toegang tot de rechter betekent dat de betrokkene door de rechter moet worden

⁸¹ H.M. -Zwitserland, EHRM, 26-2-'02, BJ 2, 2002, EHRC 32, 2002, Nielsen, EHRM, 28-11-'88, NJ 541, 1991.

⁸² H.L.-United Kingdom, EHRM, 4-10-'04, no. 45508/99, 2004. Zie ook de bespreking van dit arrest op 153 in hoofdstuk 6.

⁸³ Ashingdane, EHRM, 28-5-'85, NJ 623, 1991.

⁸⁴ EHRC 32, 2002. De annotator wijst erop dat de afweging van het Hof ondanks de geformuleerde criteria feitelijk van aard is.

⁸⁵ H.L.-United Kingdom, EHRM, 4-10-'04, no. 45508/99, 2004

⁸⁶ Aldus ook Dijkers in zijn noot. H.M. -Zwitserland, EHRM, 26-2-'02, BJ 2, 2002. Zie ook Legemaate, J., Artikel 5, 1994.

⁸⁷ Krul-Steketee, J., 1992, p. 275.

⁸⁸ Legemaate, J., Artikel 5, 1994, p. 61, Boven, J.J.A., van, 2003, p. 18.

gehoord, indien hij dit wenst.⁸⁹ Mogelijkheden daartoe kent de Wet bopz op diverse plaatsen (bijvoorbeeld via art. 41 of art. 49 bopz). Daarenboven doet de rechter hier ook vooraf bij het verlenen of afwijzen van een machtiging een uitspraak.

Indien de Wgbo van toepassing is, zal de patiënt op wie dwangbehandeling wordt toegepast zich tot de rechter moeten wenden via art. 6:162 (onrechtmatige daad) of 3:74 BW (wanprestatie). Niet ondenkbaar is dat het EHRM dit voldoende acht om te voldoen aan art. 5 lid 4 wanneer sprake zou zijn van vrijheidsbeneming, al is de drempel dan hoog.⁹⁰ Bovendien zal veel dan afhangen van de feitelijke mogelijkheden die de patiënt geboden worden om toegang tot de rechter te krijgen, zoals is gebleken in het Winterwerp-arrest. In het geval van Winterwerp concludeerde het Hof dat art. 5 lid 4 Evrm geschonden was, vanwege het feit dat de rechtbank en de OvJ Winterwerp feitelijk niet hoorden, hoewel de wettelijke ruimte daartoe wel aanwezig was. Er werd echter niet geconcludeerd dat de wettelijke regeling zelf in strijd met het verdrag was.⁹¹

De vraag is of de civielrechtelijke procedures voor psychogeriatrische patiënten niet zodanig ingewikkeld zijn om hun vrijheidsbeneming voor de rechter ter discussie te stellen, dat de van de rechter feitelijk geen gebruik gemaakt zal worden. Maar zelfs als de civielrechtelijke rechtsgang onvoldoende waarborg biedt dat psychogeriatrische patiënten in het geval van vrijheidsbeneming op basis van art. 7:465 lid 6 BW toegang hebben tot de rechter, dan betekent dit nog niet dat daarmee de grondslag voor vrijheidsbeneming eveneens vervalt. Het brengt hooguit met zich mee dat de procedure in strijd met art. 5 lid 4 Evrm is en zou dienen te worden aangepast. Hetzelfde geldt voor de procedurele bescherming van art. 7:465 lid 6 BW die in het geval dat sprake is van vrijheidsbeneming mogelijk tekort schiet, zoals in hoofdstuk 6 reeds werd geconcludeerd.

7.3.4.3 Vrmmb

Wanneer in de toekomst het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de waardigheid van het menselijk wezen met betrekking tot de toepassing van de biologie en de geneeskunde (Vrmmb)⁹² geratificeerd wordt, is een goede rechterlijke voorziening ter zake zeker aan de orde.

Art. 23 van dit verdrag verplicht partijen om een passende juridische bescherming te bieden om schendingen van de in dit verdrag genoemde rechten en beginselen te voorkomen, of op korte termijn een halt toe te roepen. De toelichting op deze bepaling zegt hierover het volgende:

'The judicial protection requested must be appropriate and proportionate to the infringement or the threats of infringement of the principles. Such is the case, for example, with proceedings initiated by a public prosecutor in cases of infringements affecting several persons unable to defend themselves, in order to put an end to the violation of their rights.

Under the Convention, the appropriate protective machinery must be capable of operating rapidly as it has to allow an infringement to be prevented or halted at short notice. This requirement can be explained by the fact that, in many cases, the very integrity of an individual has to be protected and an infringement of this right might have irreversible consequences.

⁸⁹ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 6, Vergaderjaar 1990-1991, p. 4.

⁹⁰ Zie hierover ook de noot van Alkema bij de uitspraak van Ashingdane, EHRM, 28-5-'85, NJ 623, 1991.

⁹¹ Winterwerp, EHRM 24-10-'79, NJ 114, 1980.

⁹² Convention on Human Rights and Biomedicine, 1997 en 1999. De volledige naam van het verdrag is: Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine.

The judicial protection thus provided by the Convention applies only to unlawful infringements or to threats thereof. The reason for this qualifying adjective is that the Convention itself, in Article 26.1, permits restrictions to the free exercise of the rights it recognises.⁹³

Met betrekking tot vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten zijn vier bepalingen van belang.

Art. 6 lid 3 Vrmv luidt in de officiële vertaling:

In de gevallen waarin, volgens de wet, een meerderjarige vanwege een verstandelijke handicap, ziekte of om soortgelijke redenen niet in staat is om toestemming te geven voor een handeling, mag de handeling alleen worden verricht met machtiging van zijn of haar vertegenwoordiger of van een bij wet aangewezen autoriteit, persoon of instantie. De desbetreffende persoon wordt voor zover mogelijk betrokken bij de machtigingsprocedure.

En art 7:

Onverminderd de bij wet voorgeschreven beschermende voorwaarden, met inbegrip van toezicht-, controle- en beroepsprocedures, mag een persoon met een ernstige geestelijke stoornis alleen dan zonder zijn of haar toestemming aan handelingen ter behandeling van zijn of haar geestelijke stoornis worden onderworpen wanneer, zonder een dergelijke behandeling, ernstige schade voor zijn of haar gezondheid te duchten is.

Art. 6 Vrmv maakt dus behandeling van wilsonbekwame patiënten met toestemming van een vertegenwoordiger mogelijk en art. 7 creëert een basis voor dwangbehandeling van patiënten met een geestelijke stoornis ten behoeve van die geestelijke stoornis. Relevant is verder art. 8 die ruimte schept voor behandeling zonder toestemming in noodsituaties. Vermeldenswaard is tevens art. 26 die overigens verdere beperkingen mogelijk maakt in het belang van de gezondheidstoestand van anderen.

Uit de toelichting op art. 7 komt naar voren dat deze bepaling zich vooral richt op patiënten die wellicht een verminderde bekwaamheid hebben ten aanzien van beslissingen met betrekking tot hun behandeling, maar die niet als wilsonbekwaam kunnen worden beschouwd.⁹⁴ Voor volledig wilsonbekwamen is art. 6 van toepassing. Hoe de grens ligt tussen verminderd wilsbekwaam en volledig wilsonbekwaam, is een zaak die mogelijk in de toekomst door het EHRM wordt beantwoord. Het Hof is voor individuele klagers niet direct toegankelijk voor klachten op basis van het Vrmv, maar mag hier op basis van een klacht op grond van het Evrm wel aan toetsen (art. 29 Vrmv).

Naast het feit dat een behandeling op grond van art. 7 aan meer restricties gebonden is, dient de nationale wetgeving ook voorzieningen te treffen voor toezicht en beroep. De toelichting zegt hierover het volgende:

"The article specifies that these conditions must include appropriate supervisory, control and appeal procedures, such as mediation by a judicial authority. This requirement is understandable in view of the fact that it will be possible for an intervention to be carried out on a person who has not consented to it; it is therefore necessary to provide an arrangement for adequately protecting the rights of that person. In this connection, Recommendation No. R (83) 2 of the Committee of Ministers of the Council of Europe concerning the legal protection of persons suffering from mental disorder placed as involuntary patients establishes a number of principles, which must be respected during psychiatric treatment and placement."⁹⁵

⁹³ Convention on Human Rights and Biomedicine, Explanatory Report, 1997, p. 22.

⁹⁴ Vergelijk ook de interpretatie van Klippe, C.J., van de, 1997, p. 117.

⁹⁵ Convention on Human Rights and Biomedicine, Explanatory Report, 1997, p. 10.

De bepalingen uit het Vrmv laten in de eerste plaats zien dat het van belang is een goede voorziening te treffen voor de bepaling van wilsonbekwaamheid van patiënten. De mate van bekwaamheid heeft immers gevolgen voor de procedure die gevolgd moet worden bij het toepassen van behandeling zonder toestemming van betrokkene. Een bevinding van wilsonbekwaamheid zal daarom onderbouwd moeten kunnen worden. De Wgbo biedt daartoe te weinig waarborgen, omdat deze de hulpverlener geen nadrukkelijke verplichtingen oplegt, zoals bijvoorbeeld de eis om een bevinding van onbekwaamheid en de onderbouwing daarvan schriftelijk vast te leggen.

In de tweede plaats wordt lidstaten opgedragen om bij dwangbehandeling ten aanzien van personen met een ernstige geestelijke stoornis – daaronder moeten ook de meeste psychogeriatrische patiënten worden gerekend – procedurele waarborgen te bieden. Hoewel art. 7:465 lid 6 BW een wettelijke basis schept voor dwangbehandeling, ontbreken de in art. 7 Vrmv bedoelde waarborgen voor feitelijk toezicht van zorgverleners, toezicht van buitenaf door de Inspectie en beroepsmogelijkheden. Weliswaar kent de Nederlandse wetgeving algemene wetgeving voor toezicht en klachten, te weten de Kwaliteitswet zorginstellingen en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector, maar de vraag is of die de mate van bescherming bieden die door de Vrmv wordt beoogd.⁹⁶

Ook na toetsing aan het Vrmv moet dus worden geconcludeerd dat de basis voor vrijheidsbeperking in de Wgbo weliswaar voldoende is, maar dat de procedurele waarborgen waarschijnlijk tekortschieten.

7.3.5 Conclusie

In deze paragraaf is onderzocht in hoeverre de Wgbo ruimte biedt om vrijheidsbeperking toe te passen bij psychogeriatrische patiënten. Indien in een bepaalde situatie de Wet bopz van toepassing is, heeft deze wet voorrang boven de Wgbo. Via de schakelbepaling van art. 7:464 BW werkt de Wgbo dan uitsluitend aanvullend. Ten aanzien van onvrijwillig in een bopz-instelling opgenomen patiënten kan derhalve gesteld worden dat uitsluitend dwangbehandeling op basis van art. 7:465 lid 6 BW is toegestaan bij behandelingen die geen betrekking hebben op de geestelijke stoornis. In situaties waarin de Wet bopz niet van toepassing is geldt echter geen beperkte werking. Dat betekent dat vrijheidsbeperking is toegestaan voor zover deze als geneeskundige behandeling kan worden gekwalificeerd en wordt verricht door een hulpverlener in de zin van de Wgbo. In beginsel dient de patiënt zelf toestemming te geven voor toepassing van een vrijheidsbeperking, maar indien hij wilsonbekwaam is kan dit gebeuren door diens vertegenwoordiger. Indien de patiënt zich verzet mag de behandeling uitsluitend worden voortgezet als de patiënt ernstig nadeel zal lijden wanneer de vrijheidsbeperking niet wordt toegepast. In feite is de reikwijdte van art. 7:465 lid 6 BW vergelijkbaar met die van art. 38 bopz. De vraag is echter of de waarborgen die de Wgbo biedt voldoende zijn, zeker wanneer een dwangbehandeling als vrijheidsbeneming kan worden beschouwd.

7.4 Verpleeghuizen

7.4.1 Inleiding

De voorgaande twee paragrafen hebben de juridische kaders voor vrijheidsbeperking in kaart gebracht. Paragraaf 7.4 tot en met 7.6 gaan in op de wijze waarop in de praktijk met vrijheidsbeperking wordt omgegaan. In deze paragraaf worden de resultaten be-

⁹⁶ Het toezicht en het klachtrecht worden uitgebreid besproken in hoofdstukken 8 en 9.

licht van de tweede bopz-evaluatie met betrekking tot de interne rechtspositie van patiënten van psychogeriatrische (afdelingen van) verpleeghuizen.⁹⁷

De Wet bopz is bij de inwerkingtreding in 1994 van toepassing verklaard op alle psychogeriatrische verpleeghuizen en psychogeriatrische afdelingen van verpleeghuizen. Nieuwe verpleeghuizen of afdelingen dienen een bopz-aanmerking aan te vragen bij het Ministerie van VWS. Ten tijde van de uitvoering van de tweede bopz-evaluatie in 2001 waren er 325 verpleeghuizen met een bopz-aanmerking. 205 van deze huizen namen deel aan het kwantitatieve onderzoek (63,1%).

7.4.2 Vóórkomen van vrijheidsbeperking

Uit het onderzoek blijkt dat 78,5% van de psychogeriatrische patiënten een bopz-indicatie heeft. Slechts 0,7% heeft een rechterlijke machtiging (RM) en 0,06% is door middel van een inbewaringstelling (IBS) opgenomen. 20,7% heeft geen bopz-status en op hen is de Wet bopz dus niet van toepassing.

Uit het onderzoek kan geconcludeerd worden dat alle verpleeghuizen met vrijheidsbeperkende maatregelen te maken krijgen. In Tabel 7-1 is een overzicht opgenomen welke vrijheidsbeperkingen de instellingen toepassen.

Tabel 7-1 Percentage instellingen en totaal aantal patiënten op wie in 2000 middelen en maatregelen werden toegepast in verpleeghuizen

N=205	bopz-patiënten		niet-bopz-patiënten	
	Instellingen	Patiënten	Instellingen	Patiënten
Fixatie	60,9	5682	39,5	38
Afzondering	45,3	1513	33,2	520
Medicatie	43,9	1439	32,1	320
Gecamoufleerd toedienen medicatie	49,8	2703	29,8	713
Toediening voedsel en/of vocht	38,5	1180	31,2	308
Andere middelen en maatregelen	22,9	756	18,0	171

Een iets lager percentage instellingen zegt vrijheidsbeperkingen toe te passen bij vrijwillig opgenomen patiënten. Of werkelijk minder instellingen vrijheidsbeperkingen bij vrijwillig opgenomen patiënten toepassen blijkt niet duidelijk uit het onderzoek, maar moet worden betwijfeld. Verzorgenden weten vaak niet wie een bopz-status heeft. Slechts een op de vijf patiënten heeft geen bopz-status, waardoor niet-bopz-patiënten als groep minder herkenbaar zijn. Respondenten die de wet enigszins kennen, hebben het idee dat op deze groep vrijheidsbeperkingen niet zijn toegestaan, waardoor een onderrapportage plaats kan hebben gevonden.

In de praktijk blijkt fixatie verreweg het meest toegepaste middel te zijn in verpleeg- en verzorgingshuizen. Fixeren gebeurt op verschillende manieren, bijvoorbeeld door het plaatsen van bedhekken, het gebruik van verpleegdekens, het plaatsen van een tafelblad voor de rolstoel, of het gebruik van Zweedse banden in bed of in de (rol)stoel. Andere, wat minder directe toepassingen zijn het plaatsen van de patiënt in een diepe stoel waar hij of zij niet meer uitkomt, het strak tegen de tafel aanschuiven, het gebruik van contactmatten in of naast het bed, of het plaatsen van een elektronisch oog naast het bed. Zodra de patiënt uit bed komt, wordt dan een verzorgende gealarmeerd. Geïnterviewde

⁹⁷ Arends, L.A.P., K. Blankman en B.J.M. Frederiks, 2002.

professionals zijn allen goed op de hoogte welke zaken als middel of maatregel gezien behoren te worden.

7.4.3 Redenen voor vrijheidsbeperking

Vrijheidsbeperkingen worden in het algemeen toegepast vanwege valgevaar veroorzaakt door evenwichtsstoornissen of onrust bij de patiënt, ter bescherming van de patiënt zelf (bijvoorbeeld bij automutilatie), omdat de patiënt agressief is, of vanwege een weigering om te eten of drinken. Veel respondenten noemen daarnaast ook personeels tekort als reden om vrijheidsbeperkingen toe te passen. Er is daardoor te weinig toezicht. Dit heeft tot gevolg dat onveilige situaties ontstaan. Daarnaast wordt opgemerkt dat patiënten door het ontbreken van personeel onrustiger worden. Vrijheidsbeperkingen zijn dan eerder noodzakelijk.

7.4.4 Procedure

Een kwart van de verpleeghuizen heeft geen protocol voor toepassingen van vrijheidsbeperking. Bij degenen die wel een protocol hebben, geldt het protocol in iets minder dan de helft van de instellingen uitsluitend voor bopz-patiënten.

Vrijwel alle verpleeghuizen werken met zorgplannen. Patiënten worden bij de opstelling ervan nauwelijks betrokken, terwijl vertegenwoordigers voorafgaand aan de totstandkoming van het plan doorgaans overleg hebben met de verantwoordelijke verzorgende. Het zorgplan wordt in veel instellingen opgesteld in een multidisciplinair overleg. Naast verzorgende en arts, zijn hierbij dikwijls een psycholoog, een maatschappelijk werkende, een fysiotherapeut en een logopedist betrokken. Bij dit overleg zijn in de regel noch patiënten, noch vertegenwoordigers aanwezig. Alle tijdens het kwalitatieve onderzoeks gedeelte bezochte instellingen hebben het beleid om het zorgplan regelmatig te evalueren. De frequentie varieert van twee tot vier jaar. Door tijdsdruk wordt de beoogde frequentie niet altijd gehaald.

Het Besluit rechtspositieregelen bopz stelt in art. 2 lid 2 de eis dat een zorgplan zodanig wordt opgesteld dat een regelmatige toetsing van de middelen die erin zijn opgenomen aan de bereikte resultaten mogelijk is. Uit het uitgevoerde dossieronderzoek blijkt dat niet in alle gevallen sprake is van een duidelijk zorgplan, zodat in een aantal gevallen aan die eis niet kan worden voldaan. De inhoud varieert van een lijst met noodzakelijk geachte interventies, tot een uitgebreid rapport van onderzoek, de noodzakelijk geachte stappen en een onderbouwing daarvan, en de verwachtingen ten aanzien van de uitvoering van de stappen. Meestal wordt een aparte indeling per discipline gemaakt van de zorg die de patiënt nodig heeft. Een medisch gedeelte en een zorggedeelte zijn er altijd in opgenomen.

Zorgverleners nemen vrijheidsbeperkingen veelvuldig in het zorgplan op, zowel bij onvrijwillig als vrijwillig opgenomen patiënten. Daarvoor worden veelal M&M-formulieren gebruikt. Dit zijn de formulieren die wettelijk zijn vastgesteld om toepassing van middelen en maatregelen in een noodsituatie of bij wijze van dwangbehandeling te registreren en aan de Inspectie te melden.⁹⁸ Dit gebeurt echter alleen voor fysieke vrijheidsbeperkingen. Voor sederende medicatie of psychofarmaca doet men dit niet. Uit de interviews blijkt ook dat de meeste respondenten deze niet als vrijheidsbeperkende maatregel beschouwen, hoewel die wel als zodanig worden gebruikt. Zo wordt

⁹⁸ Zie paragraaf 7.2.5.

medicatie toegepast als alternatief voor fixatie, bijvoorbeeld als patiënten zeer onrustig zijn, of 's nachts regelmatig uit bed komen.

7.4.5 Dwangbehandeling en noodsituaties

Uit het onderzoek blijkt dat in de praktijk toepassingen van vrijheidsbeperking slechts zelden als dwangbehandeling worden beschouwd. Hiervoor zijn verschillende oorzaken aan te wijzen. Veel respondenten zien alleen verzet van de familie als een reden om vrijheidsbeperkingen volgens de door de Wet bopz voorgeschreven dwangbehandelingsprocedure te behandelen. Verzet van patiënten wordt zelden als zodanig geïnterpreteerd. Sommige weigeringen vindt men inherent aan het ziektebeeld. Patiënten moeten vaak wennen aan een nieuwe situatie. Na enige tijd verdwijnt dan de weerstand. Ook vinden sommige zorgverleners een patiënt vaak niet meer bekwaam om bedenkingen te hebben tegen zorg en behandeling. Overigens zegt 72,1% van de verpleeghuizen problemen te hebben met de interpretatie van het begrip verzet.

Vrijwel alle verpleeghuizen krijgen met noodsituaties te maken waarbij vrijheidsbeperkingen op patiënten moeten worden toegepast. Doorgaans wordt dan van dezelfde middelen en maatregelen gebruik gemaakt als in situaties waarover vooraf afspraken zijn gemaakt. Bescherming en agressie zijn de meest voorkomende redenen om vrijheidsbeperkingen toe te passen in noodsituaties. 10,8% noemt personeelstekort als oorzaak. Noodsituaties zijn vaak de eerste aanleiding om vrijheidsbeperkingen toe te passen. Doorgaans wordt de maatregel na zeven dagen in het zorgplan opgenomen.

7.4.6 Registratie en melding

Belangrijke voorzieningen in de Wet bopz waarmee transparantie kan worden bewerkstelligd zijn de registratie van middelen en maatregelen, alsmede de melding van dwangbehandeling en noodsituaties aan de Inspectie. De opvattingen over wanneer toepassing van een middel of maatregel tot dwang leidt, hebben gevolgen voor het melden maar minder voor het registreren. Alle ondervraagde instellingen hebben een beleid om middelen en maatregelen altijd te registreren. Uit de dossiers komt echter naar voren dat dit lang niet altijd consistent gebeurt. Tussen de regels, bijvoorbeeld in het zorgverslag, kan soms gelezen worden dat een fixatie is toegepast, zonder dat daar een formulier voor is ingevuld. Ten behoeve van psychofarmaca werd nergens een middelen en maatregelen-formulier aangetroffen. In slechts één bezochte instelling worden de middelen en maatregelen centraal geregistreerd en bijgehouden. In de meeste andere instellingen is men wel bezig om een centraal registratiesysteem op te zetten.

Melding van vrijheidsbeperkingen aan de Inspectie komt maar weinig voor, omdat van dwang volgens de ondervraagden zelden sprake is. Daarbij wordt vrijwel uitsluitend gekeken naar wat familieleden van de toegepaste maatregel vinden. Pas als deze in hun verzet persisteren, wordt er gemeld. Ook voor middelen en maatregelen die in een noodsituatie worden toegepast, wordt vóór de toepassing of zo snel mogelijk daarna toestemming gevraagd, zodat ook hier volgens de instellingen de noodzaak tot melden komt te ontbreken.

In een enquête is gevraagd in hoeverre dwangtoepassingen en het gebruik van vrijheidsbeperkingen in noodsituaties worden geregistreerd en gemeld, omdat dit met betrekking tot bopz-patiënten een wettelijke verplichting is.

Tabel 7-2 registratie en melding middelen en maatregelen bij bopz- en niet-bopz-patiënten in procenten

	Dwang		Nood	
	bopz (n=193)	Niet-bopz (n=181)	bopz (n=201)	Niet- bopz (n=177)
In alle gevallen geregistreerd	70,5	51,9	85,6	60,5
Geregistreerd afhankelijk van zwaarte maatregel	13,0	7,2	6,5	6,2
Geregistreerd, anders	1,6	3,9	1,5	2,3
In alle gevallen gemeld	30,1	14,9	36,3	18,6
Gemeld, afhankelijk van zwaarte maatregel	28,5	14,9	23,4	16,4
Gemeld, anders	5,2	3,3	10,9	5,1
Niet van toepassing	8,3	26,5	5,0	23,2
Onbekend	3,6	11,0	0,5	11,3

Uit bovenstaande tabel kan worden afgeleid dat minder dan een derde van datgene wat gemeld zou moeten worden, ook daadwerkelijk gemeld wordt aan de Inspectie. Vergelijking van de cijfers in noodsituaties met hetgeen in BOPZIS-2 – het registratiesysteem van de Inspectie – in 2000 geregistreerd stond, laat zelfs zien dat slechts 1,7% van het aantal toepassingen van vrijheidsbeperking in noodsituaties daadwerkelijk aan de Inspectie is gemeld. Uit de interviews en reacties op de enquêtes komt naar voren dat lang niet altijd duidelijk is wat gemeld dient te worden. Ook waren de richtlijnen met betrekking tot registratie ten tijde van het onderzoek niet eenduidig, zodat iedere instelling zijn eigen beleid hanteerde.

7.4.7 Overige vrijheidsbeperkingen

Hoewel het schriftelijk vastleggen van huisregels voor bopz-aangemerkte instellingen een wettelijke plicht is, heeft slechts 62,9% van de verpleeghuizen een schriftelijk huisreglement. Een derde van de instellingen heeft beperkingen van de bewegingsvrijheid in het reglement opgenomen. Het feit dat een psychogeriatrische afdeling gesloten is, wordt in het algemeen niet expliciet in de huisregels opgenomen. De drie overige beperkingen van art. 40 staan ieder ongeveer bij 10% van de huizen in het huisreglement. Aangezien er maar weinig patiënten met een RM of IBS zijn, en in de praktijk niet of nauwelijks onderscheid wordt gemaakt tussen patiënten met een verschillende juridische status, is het mogelijk dat deze beperkingen in strijd met de wet worden toegepast.

7.4.8 Samenloop Wet bopz en Wgbo

Een derde van de verpleeghuizen zegt problemen te hebben met het onderscheid tussen dwangbehandeling op basis van de Wgbo en op basis van de Wet bopz. Uit de interviews blijkt dat het de algemene opvatting is dat vrijheidsbeperkingen die om medische redenen worden voorgeschreven niet geregistreerd en gemeld hoeven te worden. Het gaat dan om toepassingen als sederende medicatie of psychofarmaca, Zweedse banden, bedhekken of tafelbladen.

Verder is de Wgbo van toepassing, als het gaat om dwangtoepassingen van middelen en maatregelen bij vrijwillig opgenomen patiënten. Mocht dwang bij deze patiënten voorkomen, dan wordt dit volgens de respondenten ook aan de Inspectie gemeld. De wet schrijft deze handelwijze echter niet voor. De Inspectie registreert deze meldingen daarom niet. Dat melding in zulke gevallen niet noodzakelijk is, is bij de meeste responden-

ten niet bekend. Inmiddels hanteert de Inspectie het beleid om instellingen toepassingen van vrijheidsbeperking in situaties waarin de Wet bopz niet geldt, niet te laten melden.

7.4.9 Conclusie

Vrijheidsbeperkingen worden in verpleeghuizen veelvuldig toegepast op psychogeriatrische patiënten. Het onderzoek laat zien dat bij vrijwillig opgenomen patiënten nauwelijks minder vrijheidsbeperkingen worden toegepast dan bij onvrijwillig opgenomen patiënten. Zorgverleners zijn slecht op de hoogte van de juridische status van patiënten. Redenen voor toepassing zijn valgevaar, onrust, agressie of weigering van eten of drinken. Een andere reden die wordt genoemd is personeelstekort. Door onbekendheid met de betekenis van het begrip verzet, maar vooral ook vanwege de moeilijkheid om verzet bij psychogeriatrische patiënten vast te stellen wordt de behandeling zelden gekwalificeerd als dwangbehandeling. Noodsituaties waarin vrijheidsbeperking wordt toegepast, komen in vergelijking tot dwangbehandeling vaker voor. Transparantie van dwangbehandeling en toepassing van vrijheidsbeperking in noodsituaties wordt beoogd door het registratie- en meldingssysteem. In de praktijk komt van die transparantie maar weinig terecht, omdat niet alle vrijheidsbeperkingen als zodanig beschouwd worden en daarom ook niet worden geregistreerd. Daarnaast worden lang niet alle toepassingen gemeld aan de Inspectie. Eén van de redenen is het feit dat niet alle dwangbehandeling wordt onderkend, vanwege eerder genoemde interpretatieproblemen. Een tweede reden is dat de Inspectie te weinig reageert op meldingen, waarna instellingen soms besluiten minder te gaan melden. Veel problemen worden ervaren in de interpretatie van het onderscheid tussen dwangbehandeling op basis van de Wgbo en op basis van de Wet bopz. Niet duidelijk is wanneer welke maatregel onder welke wet valt. Daarnaast wordt het onderscheid in te volgen procedures niet begrepen.

7.5 Verzorgingshuizen

7.5.1 Inleiding

Drie onderzoeken hadden betrekking op toepassingen van vrijheidsbeperking in verzorgingshuizen.⁹⁹ De resultaten van deze onderzoeken zijn gebruikt voor de beschrijving van deze paragraaf.

Sinds december 1999 bestaat voor verzorgingshuizen eveneens de mogelijkheid om een bopz-aanmerking aan te vragen. In hoofdstuk 3 werd reeds besproken dat slechts 16,6% van de 1388 verzorgingshuizen daarvan gebruik heeft gemaakt. Dat betekent dat het overgrote deel van de psychogeriatrische patiënten in verzorgingshuizen niet onder de reikwijdte van de Wet bopz valt, en voor de mate waarin rechtsbescherming wordt geboden afhankelijk is van het kader van de Wgbo.

7.5.2 Voórkomen van vrijheidsbeperkingen

Uit de onderzoeken blijkt dat vrijwel alle verzorgingshuizen psychogeriatrische patiënten herbergen (95,4%). De meesten hebben er rond de twintig. 70,7% van de verzorgingshuizen past wel eens vrijheidsbeperkingen toe bij deze groep patiënten.

⁹⁹ Arends, L.A.P., 2001, Arends, L.A.P., K. Blankman en B.J.M. Frederiks, 2002, Arends, L.A.P. en T. Stigter, 2003.

Tabel 7-3 Percentage instellingen en totaal aantal patiënten op wie in 2001 middelen en maatregelen werden toegepast in verzorgingshuizen

N=304	bopz-patiënten	
	Instellingen	Patiënten
Fixatie	46,3	605
Afzondering	7,2	131
Medicatie	3,3	27
Gecamoufleerd toedienen medicatie	31,6	442
Toediening voedsel en/of vocht	6,5	17
Andere middelen en maatregelen	6,6	200

Gemiddeld krijgt 30% van de psychogeriatrische patiënten in verzorgingshuizen met enige vorm van vrijheidsbeperking te maken.

Wanneer het gaat om fixatie, worden veelal lichtere middelen gebruikt, zoals bedheksen, een tafelblad voor de rolstoel, het plaatsen van een plank onder een stoel, en het gebruik van diepe stoelen of kantelstoelen. Soms worden echter ook zwaardere middelen toegepast, bijvoorbeeld Zweedse banden of verpleegdekens. Uit het kwalitatieve onderzoek wordt duidelijk dat de meeste respondenten het toedienen van sederende medicatie en psychofarmaca niet als vrijheidsbeperkende maatregel beschouwen. Toch wordt het dikwijls voorgeschreven als alternatief voor fysieke vrijheidsbeperkingen. Ook wordt de vrijheidsbeperkende werking ervan onderkend. Het vermoeden bestaat daarom dat medicatie veel vaker als vrijheidsbeperkende maatregel wordt gebruikt dan tijdens het kwantitatieve onderzoek naar voren is gekomen (zie Tabel 7-3).

7.5.3 Redenen voor vrijheidsbeperking

Redenen om vrijheidsbeperking toe te passen zijn bescherming, en het tegengaan van onrust. Daarnaast noemen respondenten het veroorzaken van ernstige overlast voor andere patiënten, bijvoorbeeld door steeds kamers van andere patiënten binnen te lopen, als reden om een vrijheidsbeperkende maatregel toe te passen. Hoewel sommige respondenten nadrukkelijk op gevaar wijzen als drijfveer voor toepassingen van vrijheidsbeperking, wijzen de onderzoeken erop dat lang niet in alle gevallen waarin vrijheidsbeperkingen plaatsvinden ook daadwerkelijk sprake is van (ernstig) gevaar, of van ernstig nadeel, zoals dat door de wettelijke regelingen wordt voorgeschreven. Ook in verzorgingshuizen wordt personeelsgebrek als reden genoemd om vrijheidsbeperking toe te passen. Het onderzoek laat zien dat de vraag of er voldoende personeel is niet alleen van het aantal zorgverleners afhangt, maar ook van andere omstandigheden, zoals de bouwkundige toestand van de instelling. De aanwezigheid en bereikbaarheid van trappenhuizen kunnen bijvoorbeeld tot gevaarlijke situaties leiden. De wijze waarop een afdeling is ingedeeld, kan er eveneens toe bijdragen dat er te weinig personeel is om goed overzicht te houden. Daarnaast is de zorgvisie medebepalend. Als men bijvoorbeeld vindt dat Zweedse banden binnen de eigen setting mogelijk zijn, is er meer personeel nodig voor toezicht dan wanneer deze niet worden toegepast.

83,5% van de onderzochte verzorgingshuizen zegt vrijheidsbeperkingen altijd op te nemen in het zorgplan, 13,3% doet dit meestal. Tijdens het kwalitatieve onderzoek werden twee van de zes onderzochte verzorgingshuizen zonder aanmerking aangetroffen waar vrijheidsbeperkingen plaatsvonden, maar nog niet met een zorgplan werd gewerkt. Dit kan erop wijzen dat de cijfers tijdens het kwantitatieve onderzoek op dit punt te roos-

kleurig waren. Het kan ook betekenen dat meer huizen die meedeelden geen vrijheidsbeperkingen toe te passen ten tijde van het kwantitatieve onderzoek nog zonder zorgplan werkten. Desondanks blijkt ook uit het kwalitatieve onderzoek dat de meeste verzorgingshuizen met een zorgplan werken. Degenen die dit doen nemen vrijheidsbeperkingen ook als onderdeel daarin op.

7.5.4 Procedure

De procedure bij de totstandkoming van het zorgplan is vergelijkbaar met die in verpleeghuizen. Veel verzorgingshuizen werken reeds met een multidisciplinair overleg (MDO). In de regel is hierbij een verpleeghuisarts betrokken. Patiënten zijn doorgaans niet bij het MDO aanwezig. Vertegenwoordigers nemen meestal evenmin deel aan het overleg, maar sommige instellingen nodigen deze daartoe wel uit. Meestal worden de vertegenwoordigers achteraf op de hoogte gesteld van de resultaten van het overleg.

Een knelpunt dat door een aantal verzorgingshuizen wordt ervaren is dat de verpleeghuisarts veelal slechts een adviserende functie heeft bij de medische zorg in het algemeen, maar ook bij vrijheidsbeperkingen. De verantwoordelijkheid hiervoor ligt bij huisartsen. Deze zijn minder deskundig en doordat vaak wisselende huisartsen bij de verschillende patiënten betrokken zijn, wordt het zorgproces er omslachtiger door. Hoewel de beslissing om een vrijheidsbeperkende maatregel toe te passen meestal wordt genomen door een arts, ligt het initiatief in de regel bij verzorgenden. Zij maken de patiënten de hele dag mee en signaleren als eerste dat er een noodzaak tot toepassing ontstaat. In enkele gevallen verwordt de inbreng van een arts tot een formaliteit: hij geeft toestemming voor een vrijheidsbeperkende maatregel zonder de patiënt gezien te hebben, soms zelfs alleen door een handtekening onder een formulier te zetten. Zorgplannen en toepassingen van vrijheidsbeperking worden regelmatig geëvalueerd. De frequentie waarmee dit gebeurt varieert van maandelijks tot twee tot vier keer per jaar. Uit de interviews is niet gebleken dat de beoogde frequentie niet werd gehaald.

7.5.5 Dwangbehandeling en noodsituaties

Het gebruik van vrijheidsbeperkingen wordt in het algemeen geaccepteerd in verzorgingshuizen. Voor dwangbehandeling is dit echter veel minder vanzelfsprekend. Veel respondenten vinden dit niet geoorloofd. In het algemeen wordt aangegeven dat dwangbehandeling niet of nauwelijks voorkomt. Net als verpleeghuizen blijken ook verzorgingshuizen te worstelen met het begrip verzet.

Sommige weigeringen van patiënten om vrijheidsbeperkende maatregelen te ondergaan worden als inherent aan het ziektebeeld beschouwd. Ook wordt bekeken of patiënten persisteren in hun verzet. Als een patiënt iets weigert, wordt korte tijd later nog eens geprobeerd het middel of de maatregel toe te passen. Dikwijls is het verzet dan verdwenen. Het gedrag wordt verder geïnterpreteerd. Zorgverleners zeggen dikwijls te weten wanneer een patiënt iets echt niet wil.

Noodsituaties komen in vergelijking tot dwangbehandeling vaker voor, echter veel minder vaak dan in verpleeghuizen. In de bezochte verzorgingshuizen spreekt men van hooguit enkele malen per jaar. Men beschouwt iets als een noodsituatie wanneer een patiënt een gevaar vormt voor zichzelf of voor een ander. Dit kan gebeuren bij agressief gedrag, of als een patiënt een delier krijgt of in een psychose raakt. In alle onderzochte verzorgingshuizen is ook voor de beslissing om in noodsituaties vrijheidsbeperkingen toe te passen een arts verantwoordelijk.

7.5.6 Registratie en melding

In het kwantitatieve onderzoek onder verzorgingshuizen is niet gevraagd hoeveel niet-bopz-aangemerkte verzorgingshuizen de toepassing van vrijheidsbeperkingen registreren. Tijdens de tweede bopz-evaluatie bleken de deelnemende bopz-aangemerkte verzorgingshuizen beduidend minder te registreren en te melden dan verpleeghuizen. Als mogelijke redenen werd aangedragen dat vrijheidsbeperkingen hier minder werden toegepast, of dat het registratie- en meldingssysteem nog niet op orde was. Alle tijdens het kwalitatieve onderzoek bezochte verzorgingshuizen blijken toepassingen van vrijheidsbeperking te registreren. Vrijwel allemaal gebruiken ze daar ook M&M-formulieren voor. Eén noteert toepassingen in het zorgdossier.

Meldingen aan de Inspectie vinden vrijwel nooit plaats. Enerzijds omdat dwangbehandelingen en toepassingen in noodsituaties vrijwel nooit zouden voorkomen, anderzijds omdat er geen verplichting bestaat om dit te doen en instellingen ook van de Inspectie te horen hebben gekregen dat dit niet nodig is.

7.5.7 Overige vrijheidsbeperkingen

Slechts weinig verzorgingshuizen hebben huisregels op schrift, ook niet op afdelingen die een bopz-aanmerking hebben. Beperkingen die ingevolge art. 40 bopz een grondslag in de huisregels moeten hebben, worden in de praktijk weinig toegepast. In de bezochte instellingen past men uitsluitend beperkingen in de bewegingsvrijheid toe. Een aantal niet aangemerkte instellingen doet de (twaalf uren-)meezorgafdeling op slot, of heeft een code op de deur, zodat alleen mensen die de code kennen vrij in en uit kunnen gaan. Voor deze vrijheidsbeperkingen zijn echter geen huisregels opgesteld.

7.5.8 Verantwoorde zorg

Bij de bopz-evaluatie stond uitsluitend de vraag centraal in hoeverre het wettelijke kader met betrekking tot de interne rechtspositie van psychogeriatrische patiënten voldeed. In de onderzoeken naar de implementatieproblematiek van de Wet bopz in verzorgingshuizen was daarnaast de vraag in hoeverre instellingen vrijheidsbeperkingen op een verantwoorde wijze kunnen toepassen een nadrukkelijk aandachtspunt. Het beantwoorden van deze vraag was noodzakelijk, omdat onderzocht diende te worden of het wenselijk was het toepassingsgebied van de Wet bopz dat totnogtoe beperkt is tot speciale afdelingen, uit te breiden naar het hele verzorgingshuis.

Uit het onderzoek komt naar voren dat het voor de mate waarin verantwoorde zorg wordt geboden aan psychogeriatrische patiënten binnen het verzorgingshuis nauwelijks verschil uitmaakt of de instelling een bopz-aanmerking heeft, of dat dit niet het geval is. Er zijn andere factoren die hierop van invloed zijn.

In de eerste plaats blijkt dat een afsluitbare of gesloten afdeling het toezicht door zorgverleners op psychogeriatrische patiënten vergemakkelijkt, omdat zorgbehoevende patiënten die als gevolg van hun aandoening dwaalgedrag vertonen dan niet meer wegllopen. Zorgaanbieders met een bopz-aanmerking hebben zo'n afdeling, maar ook zorgaanbieders zonder aanmerking plaatsen hun psychogeriatrische patiënten veelal overdag in huiskamerprojecten, groepsverzorging of dagopvang. De huizen die psychogeriatrische patiënten die veel toezicht behoeven meer vrije ruimte geven om op de eigen kamers te verblijven, geven vaker aan dat zij problemen met toezicht hebben. Ook melden zij vaker dan de andere verzorgingshuizen dat zich incidenten voordoen, zoals valpartijen, patiënten die verdwalen of patiënten die anderen lastigvallen.

In de avond en gedurende de nacht is het toezicht lastiger te organiseren. In de avonden is er vaak nog maar één verzorgende per afdeling aanwezig. Ten aanzien van het toezicht 's nachts zijn er nauwelijks verschillen tussen verzorgingshuizen met een bopz-aangemerkte afdeling en huizen zonder zo'n afdeling. In de regel hebben twee verzorgenden dan de zorg over de hele instelling. Wel gebruiken nachtwachten in drie van de vier bezochte instellingen met een aangemerkte afdeling deze als uitvalsbasis. Veel verzorgingshuizen maken gebruik van hulpmiddelen om het toezicht 's nachts te vergemakkelijken zoals belmatjes, deurmelders en andere elektronische meldingssystemen. Alle respondenten zeggen dit alleen toe te passen bij die patiënten bij wie dit noodzakelijk is.

In het algemeen kan gesteld worden dat naarmate het toezicht op patiënten minder is, de noodzaak om vrijheidsbeperkingen toe te passen zich sneller aandient.

Een tweede factor die van invloed is op de kwaliteit van zorg die geleverd wordt, is de deskundigheid van het personeel. Uit het onderzoek komt naar voren dat deskundigheid kan worden bevorderd door interne of externe cursussen, maar ook door de wijze waarop de zorg georganiseerd is. Veel respondenten geven aan dat van multidisciplinair overleg (MDO) een kruisbestuivend effect uitgaat: verschillende disciplines leren elkaars knelpunten herkennen en kunnen elkaar adviseren anders met bepaalde situaties of bepaalde patiënten om te gaan, waardoor vrijheidsbeperkingen kunnen worden voorkomen.

Steeds meer verzorgingshuizen maken gebruik van een MDO. Cursussen die speciaal zijn gericht op het omgaan met psychogeriatrische patiënten en vrijheidsbeperking worden nog maar weinig georganiseerd in verzorgingshuizen.

Een derde factor die van invloed is op de kwaliteit van zorg is de mate waarin verzorgingshuizen in staat zijn grenzen in de zorg aan te geven die binnen de eigen setting kan worden geboden en daarnaar ook te handelen. Uit het onderzoek blijkt dat overplaatsing door zorgverleners als ultimum remedium wordt beschouwd. Er is dikwijls sprake van een spanningsveld tussen enerzijds de zorgvisie, die met zich meebrengt dat men patiënten zo lang mogelijk in de eigen leefomgeving wil laten verblijven en anderzijds de zorgbehoefte van patiënten, die dermate groot kan worden dat die door het verzorgingshuis eigenlijk niet meer geleverd kan worden. Daarbij gaat het niet alleen om de hoeveelheid en aard van de te leveren zorg maar ook om de tekortschietende deskundigheid van de medewerkers om adequate zorg te verlenen. Andere redenen voor overplaatsing zijn gevaar dat ontstaat door dwaalgedrag, en onrust veroorzaakt door gedragsstoornissen. Daarnaast is ernstige overlast soms een reden voor overplaatsing.

7.5.9 Conclusie

Sinds enkele jaren kunnen ook verzorgingshuizen voor een speciale daartoe uitgeruste afdeling een bopz-aanmerking aanvragen. Tot op heden hebben nog maar weinig instellingen van die mogelijkheid gebruik gemaakt, zodat in de meeste situaties nog steeds de Wgbo het geldende wettelijke kader vormt. Vrijheidsbeperkingen komen ook in verzorgingshuizen geregeld voor. Exacte aantallen kunnen niet worden gegeven, omdat centrale registraties ontbreken. De gevonden aantallen geven een ondergrens weer.

De redenen om vrijheidsbeperking toe te passen komen overeen met die in verpleeghuizen. Ook de wijze waarop de procedure gestalte wordt gegeven is vergelijkbaar, met dien verstande dat de huisarts meestal de beslissende arts is, terwijl de verpleeghuisarts dan een adviserende rol heeft. Dwangbehandeling komt volgens respondenten maar weinig voor. Het kan zijn dat hier een onderrapportage heeft plaatsgevonden, omdat veel respondenten het idee hebben dat dit binnen de eigen setting niet mag. Ook doen

zich net als in verpleeghuizen interpretatieproblemen met het begrip verzet voor. Nood-situaties waarin vrijheidsbeperking wordt toegepast komen vaker voor dan dwangbe-handeling, maar veel minder frequent dan in verpleeghuizen. Er bestaat nog weinig zicht op het aantal verzorgingshuizen dat reeds toepassingen van vrijheidsbeperking registreert. Meldingen aan de Inspectie vinden om verschillende redenen sporadisch plaats. Tot slot is gekeken op welke wijze de zorg in verzorgingshuizen rondom toepas-singen van vrijheidsbeperking verantwoord kan worden georganiseerd. Een aantal fac-toren bevorderen verantwoorde zorg. Het betreft het organiseren van adequaat toezicht, bevordering van de deskundigheid van het personeel ten aanzien van psychogeriatriche zorg en het bewaken van de grenzen van zorg die binnen de eigen setting verleend kan worden. Tussen verzorgingshuizen met een bopz-aanmerking en verzorgingshui-zen die dit niet hebben bestaan zorginhoudelijk weinig verschillen. Het grootste onder-scheid is dat verzorgingshuizen met een aanmerking een 24-uursafdeling hebben waar psychogeriatrische patiënten verblijven. Verzorgingshuizen zonder aanmerking hebben veelal een meerzorgafdeling waar overdag een zelfde mate van toezicht kan worden ge-organiseerd.

7.6 *Zorgaanbieders buiten de werking van de Wet bopz*

7.6.1 Inleiding

Teneinde te onderzoeken of aanvullende regelgeving noodzakelijk is bij toepassingen van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten op plaatsen waar de Wet bopz niet geldt, is een onderzoek uitgevoerd onder ziekenhuizen, thuiszorginstellingen, huis-artsen, kleinschalige woonvoorzieningen en woonzorgcomplexen. Daarbij is niet alleen bekeken in hoeverre vrijheidsbeperkende interventies door deze zorgaanbieders wor-den toegepast, maar tevens hoe de zorg ten aanzien van vrijheidsbeperkingen bij psy-chogeriatrische patiënten is georganiseerd. Ten behoeve van deze paragraaf is gebruik gemaakt van de resultaten van dit onderzoek.¹⁰⁰

7.6.2 *Vóórkomen van vrijheidsbeperkingen*

Ruim de helft van alle zorgaanbieders biedt zorg aan psychogeriatrische patiënten. Veel zorgaanbieders krijgen bij deze patiënten ook met vrijheidsbeperkingen te maken.

¹⁰⁰ Arends, L.A.P., Beperkt door zorg, 2004.

Tabel 7-4 Vrijheidsbeperkende maatregelen bij psychogeriatrische patiënten, door zorgaanbieders die met deze patiënten te maken hebben; in procenten, van meer naar minder

Zorgaanbieder	N	Toepassing vbm	Toepassing overall ¹⁰¹
Ziekenhuisafdelingen	386	95,6	83,3
KWV	34	85,3	85,3
Thuiszorg-gewoon	73	76,7	68,3
Huisartsen	101	71,3	45,9
Thuiszorg-commercieel	40	70,0	66,7
Woonzorgcomplexen	98	63,3	52,2
Totaal	732	84,2	70,3

Tabel 7-5 Meest voorkomende vrijheidsbeperkingen, in 2002 toegepast in het kader van een overeenkomst, bij aanbieders van zorg aan psychogeriatrische patiënten, in procenten

Vrijheidsbeperkende maatregel	Z-afd N=191	KWV N=22	WZC N=44	Th.zorg N=41	H-artsen N=29	Totaal N=327
Bedhekken	24,1	76,5	90,9	34,1	24,1	36,7
Medicatie	27,2	70,6	52,3	31,7	31,7	34,3
Lichte fixatie	24,1	58,8	45,5	22,0	27,6	28,7
Zware fixatie	30,4	52,9	22,7	14,6	0	25,4
Gecamoufleerde medicatie	25,7	41,2	43,2	9,8	9,8	17,7
Afzondering	15,7	17,6	13,6	4,9	13,8	13,8
Belmat	12,6	47,1	45,5	9,8	6,9	13,5
Deur op slot	2,6	5,9	0	17,1	6,9	4,6
Voedsel/vocht tegen wil	1,0	5,9	2,3	0	0	4,3
Controle post	2,6	17,6	13,6	2,4	0	3,7
Beperkingen ontvangen bezoek	2,6	0	0	2,4	6,9	2,4
Beperking telefoonverkeer	1,0	5,9	2,3	0	0	1,2

Welke vrijheidsbeperkingen worden toegepast en de mate waarin dit gebeurt is mede afhankelijk van het soort zorgaanbieder. Ziekenhuisafdelingen passen bijvoorbeeld in vergelijking met andere zorgaanbieders veel vaker zware fixatiemiddelen toe.¹⁰² Bij de overige zorgaanbieders worden bedhekken het meest toegepast. Alle zorgaanbieders

¹⁰¹ De voorlaatste kolom laat toepassingen bij aanbieders van zorg zien die met de psychogeriatrische patiënten te maken hebben. De laatste kolom bevat tevens zorgaanbieders die geen zorg bieden aan psychogeriatrische patiënten. Met name bij huisartsen liggen de percentages over het geheel gezien lager: iets minder dan de helft van alle huisartsen krijgt met vrijheidsbeperkende maatregelen te maken.

¹⁰² Zware fixatiemiddelen zijn middelen die op het lichaam gebruikt worden, zoals Zweedse banden, verpleegdekens en dergelijke. Lichte fixatiemiddelen zijn middelen die iemand wel fixeren, maar waarbij de fixatie niet op het lichaam wordt toegepast. Voorbeelden zijn: een plank voor de rolstoel, een plank onder een stoel, het gebruik van een diepe stoel, en kantelstoelen. Ook bedhekken kunnen zo gezien als een licht fixatiemiddel worden beschouwd.

gebruiken sederende medicatie en psychofarmaca veelvuldig als vrijheidsbeperkende maatregel.

Uit het onderzoek blijkt dat de meeste respondenten wel een idee hebben van wat vrijheidsbeperkende maatregelen zijn, maar dat de vrijheidsbeperkende werking van een bepaald middel of een maatregel niet altijd wordt gezien. Dit geldt voor toepassingen van bedhekken en (het gecamoufleerd toedienen van) medicatie, maar ook geregeld voor afzondering, in de zin van iemand even naar een kamer sturen. Dit maakt het waarschijnlijk dat een aantal vrijheidsbeperkende maatregelen in de praktijk veel vaker worden gebruikt dan uit dit onderzoek naar voren komt.

7.6.3 Redenen voor vrijheidsbeperking

De belangrijkste redenen voor toepassingen van vrijheidsbeperking zijn het voorkomen van gevaar voor de patiënt, het beschermen van de patiënt of het voorkomen van gevaar voor anderen. Bronnen van gevaar voor de patiënt zelf zijn onrust, valgevaar of dwaalgedrag. Bij gevaar voor anderen wordt vooral gedacht aan agressief gedrag. Overlast is eveneens een reden om vrijheidsbeperkingen toe te passen. Een vijfde van alle zorgaanbieders geeft aan dat personeelstekort leidt tot het toepassen van vrijheidsbeperkingen. Verder blijkt dat vrijheidsbeperkende maatregelen minder snel noodzakelijk zijn indien de zorg zo georganiseerd is dat patiënten continu in het zicht van zorgverleners zijn.

7.6.4 Procedure

De wijze waarop de procedure rondom het toepassen van vrijheidsbeperkingen is ingericht wisselt nogal in de verschillende settings. Wel is het patroon van wie verantwoordelijk zijn voor de beslissing en voor de uitvoering vergelijkbaar. Thuiszorgorganisaties lijken het minste een vaste procedure te hanteren ten aanzien van het toepassen van vrijheidsbeperking.

Ongeveer de helft van de zorgaanbieders heeft een protocol voor het toepassen van vrijheidsbeperkingen. Ziekenhuizen (69,2%) hebben dit het meest en thuiszorginstelling (23%) en huisartsen (11,4%) het minst.

Het overgrote deel van alle zorgaanbieders gebruikt zorgplannen. Het minst gebeurt dit door huisartsen. Bij meer dan de helft van de zorgaanbieders worden vrijheidsbeperkingen in het zorgplan opgenomen. Door thuiszorginstellingen en huisartsen echter beëindigend minder vaak.

In toenemende mate wordt bij de verschillende zorgaanbieders met een multidisciplinair overleg (MDO) gewerkt. Beslissingen met betrekking tot toepassingen van vrijheidsbeperking worden bij voorkeur als teambeslissing genomen. In veel gevallen is ook een arts betrokken bij de beslissing. Als het gaat om dwangbehandeling of toepassingen van vrijheidsbeperking in een noodsituatie, is wordt nog vaker een arts in de besluitvorming betrokken.

Respondenten noemen ook in dit onderzoek een groot voordeel dat door middel van MDO vanuit verschillende invalshoeken nagedacht wordt over de noodzaak van een toepassing en over alternatieven.

Huisartsen krijgen meestal met vrijheidsbeperkingen te maken via andere zorgverleners, zoals thuiszorg of verzorgingshuizen. Een kwart van de artsen die met vrijheidsbeperkingen te maken krijgen, past deze toe zonder overleg met anderen. Veelal betreft het dan toepassingen van medicatie. Ruim een derde van de huisartsen die geconfronteerd wordt met vrijheidsbeperkingen, heeft er weet van dat mantelzorgers thuis vrijheidsbeperkingen toepassen zonder eerst te overleggen met professionele zorgverleners.

Voor alle zorgaanbieders geldt dat psychogeriatrische patiënten in het algemeen niet betrokken worden bij de beslissing om vrijheidsbeperkingen toe te passen. Vertegenwoordigers participeren meestal wel in de beslissing, al zijn zij bij deze onderzochte instellingen vrijwel nooit aanwezig bij een zorgplanoverleg. In ziekenhuizen gebeurt het in vergelijking tot andere zorgaanbieders minder vaak dat vertegenwoordigers om toestemming wordt gevraagd. Het komt geregeld voor dat vertegenwoordigers uitsluitend geïnformeerd worden over het feit dat een vrijheidsbeperking noodzakelijk is, zonder dat hen om toestemming wordt gevraagd.

Bij vrijheidsbeperkende maatregelen waarvan de beperkende werking minder duidelijk is, wordt eveneens minder snel toestemming gevraagd: dit treedt bij verschillende soorten zorgaanbieders geregeld op bij het plaatsen van bedhekken en het verstrekken van sederende medicatie of psychofarmaca.

Ook op plaatsen waar de Wet bopz niet geldt gaat het initiatief tot het toepassen van vrijheidsbeperkingen in het algemeen niet uit van een arts, maar van verzorgenden.

7.6.5 Dwangbehandeling en noodsituaties

Volgens de respondenten uit de verschillende soorten zorgaanbieders komt het zelden voor dat sprake is van dwangbehandeling. Een vijfde van de zorgaanbieders die vrijheidsbeperkingen toepassen zegt in 2002 wel eens dwangbehandeling te hebben uitgevoerd. Het meest gebeurt dit in kleinschalige woonvoorzieningen (45,5%) en het minst in thuiszorginstellingen (4,9%). Naast kleinschalige woonvoorzieningen krijgen ook ziekenhuisafdelingen geregeld met dwangtoepassingen te maken (21,5%). Dat kleinschalige woonvoorzieningen vaker dwang toepassen, vloeit voort uit het feit dat zij een patiëntenpopulatie met een zwaardere zorgbehoefte – vergelijkbaar met psychogeriatrische verpleeghuizen – herbergen. Daarnaast kan het hogere percentage zijn beïnvloed door dat respondenten in deze setting beter op de hoogte zijn van wanneer sprake is van verzet en wanneer een toepassing als dwangbehandeling moet worden aangemerkt.

Met noodsituaties waarin vrijheidsbeperkende maatregelen moeten worden genomen, hebben meer zorgaanbieders te maken (74%); ziekenhuisafdelingen het meest (91,6%) en thuiszorginstellingen het minst (14,6%). Een noodsituatie is voor de meeste respondenten een moment waarop er gevaar voor de patiënt zelf is of voor anderen dan de patiënt. Een derde vindt een noodsituatie een moment waarin er geen tijd is om toestemming te vragen en bijna een derde is van mening dat een situatie waarin er onvoldoende toezicht is op de patiënt als zodanig moet worden gezien. De feitelijke invulling van wat als gevaar wordt beschouwd is afhankelijk van het soort zorgaanbieder, van de patiënt zelf, en van de zorgverlener die ermee te maken krijgt. In de thuiszorg worden noodsituaties voornamelijk geassocieerd met het weglopen van mensen die gaan dwalen op straat, of situaties waarin patiënten brandgevaar veroorzaken doordat ze het gas laten openstaan. Ziekenhuisafdelingen en kleinschalige woonvoorzieningen hebben eerder te maken met mensen die plotseling agressief gedrag vertonen als gevolg van een psychose of een delier.

7.6.6 Registratie en melding

Veel zorgaanbieders stellen dat toepassingen van vrijheidsbeperking worden geregistreerd. Registratie betekent dat toepassingen van vrijheidsbeperking worden vastgelegd in het zorgdossier. Van M&M-formulieren is nog maar weinig sprake, al zijn die bij sommige woonzorgcomplexen wel aangetroffen. 5,5% van alle zorgaanbieders zegt een

centraal register te hebben, maar bij geen van de bezochte instellingen is dit aangetroffen. Instellingen kunnen ook slecht inzicht geven in de mate waarin vrijheidsbeperkingen binnen de eigen setting voorkomen.

11% van alle zorgaanbieders zegt toepassingen van vrijheidsbeperking altijd aan de Inspectie te melden. Het overgrote deel meldt echter nooit. Veel zorgaanbieders zijn op de hoogte van het beleid dat de Inspectie heeft om meldingen van vrijheidsbeperkende maatregelen op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is, niet te willen ontvangen. Of er contacten over vrijheidsbeperkingen met de Inspectie zijn, is daarom mede afhankelijk van de welwillendheid van de inspecteur met wie men te maken heeft om hierover van gedachten te wisselen.

7.6.7 Overige vrijheidsbeperkingen

Buiten de context van een overeenkomst, komen weinig vrijheidsbeperkingen voor. Woonzorgcomplexen hebben soms dagbehandelingsruimtes, meerzorg- of huiskamerprojecten waarvan de afdelingsdeur gesloten is. Een aantal kleinschalige woonvoorzieningen houdt de instellingsdeur gesloten. Geriatrie afdelingen van ziekenhuizen hebben dikwijls een afsluitbare deur, waardoor alleen mensen naar buiten kunnen die in staat zijn de code van de deur te onthouden. Geen van de onderzochte zorgaanbieders heeft huisregels waar een basis voor deze beperking is opgenomen.

7.6.8 Verantwoorde zorg

Op dezelfde wijze als bij verzorgingshuizen is beschreven, is in het onderzoek onder zorgvoorzieningen die niet onder de Wet bopz vallen, aandacht besteed aan de wijze waarop zorgaanbieders invulling geven aan verantwoorde zorg bij toepassingen van vrijheidsbeperking. Gekeken is naar de organisatie van de zorg, de wijze waarop toezicht wordt gehouden, de deskundigheid van het personeel en welke grenzen van verantwoorde zorg binnen de eigen setting worden gehanteerd.

De mate waarin toezicht wordt gehouden en door wie wisselt per soort zorgaanbieder. Huisartsen houden nooit zelf toezicht en hebben nauwelijks zicht op de wijze waarop toezicht wordt gehouden. Bij thuiszorginstellingen is de mate waarin toezicht wordt gehouden sterk afhankelijk van de aanwezigheid van mantelzorg. Bij toepassingen van vrijheidsbeperking, waarbij toezicht noodzakelijk is die door de mantelzorg niet kan worden geboden, komt men zo vaak mogelijk langs. 39,3% van de onderzochte thuiszorginstellingen kan zonodig ook 24-uurszorg leveren. Soms komt het voor dat een nachtwacht permanent toezicht houdt bij een patiënt. In woonzorgcomplexen verloopt het toezicht veelal op dezelfde wijze als in verzorgingshuizen. Overdag gaan de meeste zorgbehoeftige patiënten naar de dagopvang of een meerzorgafdeling. Voor de nacht is er weinig toezicht, maar wordt met intercomsystemen en andere elektronische hulpapparatuur gewerkt (belmatten, deurmelders en dergelijke). Ook in woonzorgcomplexen wordt bij het toezicht soms gebruik gemaakt van mantelzorgers. Kleinschalige woonvoorzieningen hebben veelal patiënten overdag in hun huiskamer, zodat meer toezicht aanwezig is. Voor de nacht verloopt het toezicht op dezelfde manier als in woonzorgcomplexen.

In ziekenhuizen komt men bij toepassingen van vrijheidsbeperking zo vaak mogelijk langs bij patiënten. Soms worden ook mantelzorgers ingeschakeld bij het toezicht.

In de thuiszorg wordt door minder dan de helft scholing aan medewerkers aangeboden met betrekking tot toepassingen van vrijheidsbeperking. Er is meer deskundigheid,

naarmate men 'zwaardere zorgproducten' heeft, zoals aanvullende verpleeghuiszorg. Bij woonzorgcomplexen krijgt iets meer dan de helft van de zorgverleners scholing. Het kan zowel om interne, als externe cursussen gaan. In kleinschalige woonvoorzieningen krijgt de helft scholing. Medewerkers worden hier wel streng geselecteerd om met de doelgroep om te kunnen gaan. Vaak zijn de verzorgenden al ouder en hebben veel ervaring. 14% van de huisartsen zegt ook scholing met betrekking tot vrijheidsbeperkingen te hebben gevolgd. Bij de onderzochte ziekenhuisafdelingen heeft ruim de helft scholing over vrijheidsbeperkingen gehad. Het meest gespecialiseerd zijn de specialistisch verpleegkundigen geriatrie. Verschillende respondenten merken hier op dat er minder vrijheidsbeperkingen worden toegepast als zorgverleners beter zijn getraind op het op een juiste wijze omgaan met psychogeriatrische patiënten. Ook bij kleinschalige woonvoorzieningen wordt dit naar voren gedragen.

Veel respondenten merken op dat bij scholing niet zozeer het opleidingsniveau belangrijk is, als wel specifieke deskundigheid op de werkvloer. Naast cursussen kan deze worden bevorderd door multidisciplinair overleg, intercollegiale toetsing of supervisie. Bij sommige zorgvoorzieningen, bijvoorbeeld in een aantal ziekenhuizen en thuiszorginstellingen wordt ook wel gewerkt met consulente teams. Deze teams bestaan uit deskundigen die zorgverleners kunnen adviseren in de zorg voor psychogeriatrische patiënten en toepassingen van vrijheidsbeperking.

Het bevorderen van de deskundigheid heeft tot gevolg dat minder vrijheidsbeperkingen worden toegepast, omdat meer alternatieve vormen van zorg kunnen worden ingezet. De wijze waarop de deskundigheid kan worden bevorderd hangt sterk af van de aard van de zorgvoorziening. Een multidisciplinair overleg heeft bijvoorbeeld niet overal zin, omdat in sommige gevallen een beperkt aantal disciplines betrokken is, waarvan de expertise te zeer uiteenloopt om elkaar ondersteuning te bieden.

Protocolen en beleidsplannen met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperking zijn nuttige kwaliteitsinstrumenten en verbeteren de organisatie van de zorg. Zorgaanbieders die van deze instrumenten gebruik maken, hanteren meestal zorgvuldige procedures die zijn toegesneden op de eigen situatie. Voorwaarde daarbij is echter wel dat de protocollen goed worden geïmplementeerd en de medewerkers zonnodig geschoold. Een aantal ziekenhuizen heeft bijvoorbeeld wel een protocol, maar omdat nauwelijks implementatie heeft plaatsgevonden wordt het niet gebruikt.

Ook het werken met zorgplannen heeft een positieve invloed op zorgvuldigheid in de zorg in het algemeen en bij toepassingen van vrijheidsbeperking in het bijzonder. Dit komt omdat het werken met zorgplannen prikkelt tot het formuleren van zorgdoelen. Verder zet de procedure rondom zorgplannen zorgverleners er meer toe aan toestemming te vragen aan vertegenwoordigers en eventueel de patiënt zelf.

Registraties van vrijheidsbeperkingen leveren een bijdrage aan een betere bewustwording ten aanzien van vrijheidsbeperking, en bevorderen de zorgvuldigheid van toepassingen ervan. Dit onderzoek werd tevens uitgevoerd onder zorgvoorzieningen die zorg bieden aan verstandelijk gehandicapten. Op deze plaatsen wordt gebruik gemaakt van centrale registraties. Het blijkt dat deze kunnen worden ingezet om een beleid te ontwikkelen waarmee meer kennis wordt vergaard over toepassingen van vrijheidsbeperking. Op die manier kunnen soms gepaste maatregelen worden genomen om het aantal toepassingen terug te dringen. Voorbeelden zijn het anders gaan organiseren van de zorg en het toezicht, of het meer scholen van zorgverleners.

Zorgaanbieders waar de Wet bopz niet van toepassing is ervaren net als verzorgingshuizen een dilemma tussen het zo lang mogelijk behouden van de psychogeriatrische patiënt op de eigen plek enerzijds en het bereiken van de grenzen van de zorg die gebo-

den kan worden anderzijds. Men kiest voor overplaatsing wanneer de zorg zodanig tekortschiet dat gevaar voor de patiënt ontstaat. Vrijheidsbeperkingen kunnen daar een rol in spelen, bijvoorbeeld als maatregelen niet veilig kunnen worden toegepast. Andere redenen zijn dwaalgedrag, agressie van de patiënt, of een te grote zorgbehoefte die door de instelling niet kan worden geboden. Factoren die van invloed zijn op de overweging om iemand over te plaatsen zijn de zorgvisie – hoe staat men tegenover toepassing van vrijheidsbeperking? – de deskundigheid van het personeel, de bouw van de instelling of de eigen woning van de patiënt, de zorgbehoefte, de eventuele (over)belasting van mantelzorgers of personeel, en de mate waarin toezicht gehouden kan worden.

In kleinschalige woonvoorzieningen probeert men overplaatsing daarnaast te voorkomen door psychogeriatrische patiënten vooraf te screenen: patiënten die niet geschikt worden bevonden, worden dan niet toegelaten. Voor de thuissituatie geldt dat de mantelzorg die de zorg niet meer aankan een belangrijke drijfveer is om tot overplaatsing over te gaan, zo wordt zowel door thuiszorginstellingen als huisartsen aangegeven. Binnen ziekenhuisafdelingen worden mensen soms van de ene naar de andere afdeling overgeplaatst, bijvoorbeeld omdat die gesloten is, of omdat men op een afdeling als geriatrie of psychiatrie beter in staat is om met psychogeriatrische problematiek om te gaan.

Het gevaar van dat men er alles aan probeert te doen om mensen zo lang mogelijk binnen de eigen setting te houden, bestaat dat hierin doorgeschoten wordt en patiënten daardoor te lang met vrijheidsbeperkingen worden geconfronteerd. Het verblijf bij de 'lichtere' zorgvorm heeft dan geen meerwaarde meer. Of men daarin het veld daadwerkelijk te ver in gaat is door dit onderzoek niet vast te stellen. Sommige uitspraken van respondenten in de thuiszorg en woonzorgcomplexen lijken erop te wijzen dat dit wel eens gebeurt.

7.6.9 Conclusie

In deze paragraaf zijn de resultaten weergegeven van het onderzoek naar toepassing van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is. Hoewel weinig zorgaanbieders een centrale registratie hanteren van vrijheidsbeperkingen, komt uit het onderzoek naar voren dat toepassingen in alle sectoren geregeld aan de orde zijn. In de meeste gevallen betreft het toepassingen waarover afspraken zijn gemaakt met vertegenwoordigers. Daarnaast geven veel zorgaanbieders aan dat vrijheidsbeperkingen nogal eens in noodsituaties moeten worden toegepast. Slechts weinigen zeggen te maken te hebben met dwangbehandeling. Voor een deel vloeit dit voort uit het feit dat de patiënten die bij deze zorgaanbieders zorg ontvangen minder zorgbehoefte hebben dan in verpleeghuizen. Daarnaast blijkt net als bij zorgaanbieders die wel onder de Wet bopz vallen dat verzet niet altijd wordt herkend en dat dwangbehandeling een duidelijk negatieve connotatie heeft. Om deze redenen worden vrijheidsbeperkingen minder vaak als dwangbehandeling bestempeld dan zou moeten.

De meeste zorgaanbieders maken gebruik van zorgplannen. Verzorgenden nemen meestal het initiatief tot een vrijheidsbeperkende maatregel. In de regel worden vrijheidsbeperkingen als onderdeel van een zorgplan opgenomen. Bij de procedure worden meestal vertegenwoordigers betrokken. Dit gebeurt echter niet bij alle zorgaanbieders. Het minst komt dit voor bij ziekenhuizen.

Welke maatregelen worden genomen hangt onder meer af van de zorgaanbieder, de aard van de zorg die kan worden geboden en de zorgvisie. Het gebruik van zorgplannen, protocollen en dergelijke bevorderen verantwoorde zorg. Ook scholing van medewerkers heeft een positieve invloed. Belangrijk is daarnaast de vraag of zorgaanbieders de grenzen bewaken van de zorg die binnen de eigen setting nog kan worden geboden.

7.7 Evaluatie van de wettelijke regelingen

7.7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk is de reikwijdte van het juridische kader met betrekking tot toepassingen van vrijheidsbeperking besproken. Daartoe zijn de relevante wettelijke bepalingen en de totstandkomingsgeschiedenis behandeld. Twee wetten waren daarbij belangrijk, te weten de Wet bopz en de Wgbo. Bij het bepalen van de reikwijdte van de Wgbo is bovendien ingegaan op relevante jurisprudentie waarbij de rechtmatigheid van dwangbehandeling direct of indirect ter discussie stond. Ook kwamen bij het bepalen van de reikwijdte de relevante bepalingen uit het Evrm, het Vierde Protocol bij het Evrm en het Vrmv aan de orde.

In deze paragraaf worden beide wettelijke regelingen met betrekking tot toepassingen van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten nader geanalyseerd aan de hand van de criteria die in hoofdstuk 4 zijn vastgesteld. Daarbij beperk ik mij tot een bespreking van de doelstellingen, aanvaardbaarheid, de toepasbaarheid, en de uitvoerbaarheid van de wettelijke kaders. Twee instrumenten dragen bij aan de handhaafbaarheid van de regels met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperking, te weten het toezicht door de Inspectie en het (bopz-)klachtrecht. Deze worden echter niet in dit hoofdstuk besproken, maar komen apart aan de orde in de hoofdstukken 8 en 9.

7.7.2 Doelstellingen wettelijke regelingen

De Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen is oorspronkelijk uitsluitend bedoeld als opnemingswet. De behandelingscomponent is er pas later ingebracht, enerzijds om een opname te legitimeren, anderzijds om patiënten met een geestelijke stoornis zoveel mogelijk te beschermen tegen dwang. Dwangbehandeling is alleen toegestaan onder strikte voorwaarden. Daarnaast mag dwang worden uitgeoefend in noodsituaties. De wet voorziet verder in procedurele waarborgen.

Met de wettelijke regeling inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst hebben de opstellers waarborgen willen bieden voor patiëntenrechten in de rechtsverhouding tussen patiënten en hulpverleners. Net als bij de Wet bopz is bij de Wgbo bij de aanvankelijke opstelling geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat dwangtoepassingen noodzakelijk zouden kunnen zijn. Bij amendement is op de valreep een bepaling ingevoegd die bescherming beoogt te bieden aan wilsonbekwame patiënten die zich verzetten tegen ingrijpende verrichtingen. Behandeling is dan slechts mogelijk onder strikte voorwaarden. Deze regeling lijkt sterk op dwangbehandelingsregeling van de Wet bopz, maar kent in tegenstelling tot de laatste geen procedurele waarborgen.

Analyse van de regeling van de Wgbo laat zien dat de reikwijdte ervan vergelijkbaar is met die van de Wet bopz. De ruimte die wordt geboden voor toepassing van vrijheidsbeperking is niet in strijd art. 2 Vierde Protocol bij het Evrm, maar wel met art. 5 lid 1 en 4 Evrm indien een vrijheidsbeperking gekwalificeerd kan worden als vrijheidsbeneming. Met name de procedurele bescherming die wordt geboden kan waarschijnlijk de toets niet doorstaan. Ook bestaat de vraag in hoeverre feitelijke toegang tot de rechter gewaarborgd is, indien de toegepaste beperking gekwalificeerd zou kunnen worden als vrijheidsbeneming. In theorie is die toegang wel mogelijk via een civielrechtelijke actie uit onrechtmatige daad of wanprestatie.

Uit bovenstaande vloeit voort dat de Wet bopz en de Wgbo geen specifieke doelstelling ten aanzien van toepassing van vrijheidsbeperking kennen. Wel worden waarborgen

geboden tegen een ongeoorloofde toepassing van dwangbehandeling. De doelstellingen van de ter zake relevante bepalingen in beide wetten is vergelijkbaar.

7.7.3 Aanvaardbaarheid

Het theoretisch model dat in hoofdstuk 4 werd beschreven laat zien dat het bij een overweging om een vrijheidsbeperking toe te passen van belang is dat de beginselen van zelfbeschikking, vrijheid en bescherming op een juiste manier met elkaar in balans worden gebracht. Het beginsel van goede en verantwoorde zorg kan worden beschouwd als een zorgvuldigheidsnorm die zorgverleners dienen te hanteren bij het vinden van die balans. Wettelijke regelingen die toepassing van vrijheidsbeperking reguleren, zouden zowel aandacht moeten besteden aan die verschillende belangen als de wijze waarop daartussen een afweging dient te worden gemaakt. De Wet bopz en de Wgbo dienen tegen dit kader te worden beoordeeld op hun aanvaardbaarheid.

Zowel de Wgbo als de Wet bopz hebben tot doel het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt te beschermen. De Wet bopz beschermt daarnaast het recht op vrijheid bij opnemingsprocedure door in alle gevallen waarbij de patiënt niet weloverwogen met opnemingsprocedure instemt een speciale opnemingsprocedure voor te schrijven. Van beide regelingen kan worden gezegd dat zij in beginsel voldoen als pijlers van menswaardigheid. Indien echter wordt gefocust op vrijheidsbeperkende interventies dan gaat dit echter veel minder op. Doordat beide wetten zich hier voornamelijk richten op bescherming van het zelfbeschikkingsrecht, wordt onvoldoende rekening gehouden met patiënten die niet tot zelfbeschikking in staat zijn. Zowel de Wgbo als de Wet bopz maken vrijheidsbeperking mogelijk door middel van vervangende toestemming van een vertegenwoordiger. Rechtsbescherming wordt pas geboden wanneer een patiënt door middel van een wilsuiking kenbaar maakt de interventie niet op prijs te stellen. Dat betekent dus dat een patiënt die niet tot een kenbare wilsuiking in staat is, niet of nauwelijks rechtsbescherming krijgt. De Wet bopz eist dat een zorgplan gericht is op het zodanig verbeteren van de stoornis, dat het gevaar wordt weggenomen dat heeft geleid tot de opname. Deze therapeutische doelstelling plaatst vrijheidsbeperkende interventies weliswaar in een zorgkader, maar sluit niet genoeg aan bij de aard van de aandoening waar psychogeriatrische patiënten aan lijden. Daardoor bestaat het gevaar dat geen goede en verantwoorde zorg kan worden geboden. Vrijheidsbeperkingen die bijvoorbeeld niet worden toegepast om de psychogeriatrische aandoening te behandelen, maar uit veiligheidsoverwegingen worden aangewend teneinde gevaar voor de patiënt te voorkomen, zouden strikt genomen als onderdeel van het bopz-zorgplan mogen worden opgenomen. De Wgbo vereist niet expliciet een therapeutische doelstelling. Het richtinggevende kader waarbinnen vrijheidsbeperkende interventies hier plaats dienen te vinden is het goed hulpverlenerschap.

Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat in beide wetten zelfbeschikking wordt geaccentueerd. Daarmee voldoen zij wel aan de gestelde doelen, maar blijven andere beginselen als vrijheid en bescherming te zeer onderbelicht. De Wet bopz geeft meer richting dan de Wgbo aan de inhoud van de zorg die moet worden geboden, maar bevat een te eng kader om in alle gevallen goede en verantwoorde zorg te bieden aan psychogeriatrische patiënten. De Wgbo heeft een ruim kader, maar geeft geen invulling aan goede zorg bij overwegingen omtrent vrijheidsbeperkingen.

Beide wetten houden dus onvoldoende rekening met alle belangen die bij toepassing van vrijheidsbeperking op psychogeriatrische patiënten een rol spelen en bieden onvoldoende aanknopingspunten voor zorgverleners om een adequate belangenafweging te kunnen maken.

Ook in het veld wordt ervaren dat de uitgangspunten van de wet, met name die van de Wet bopz, niet aansluiten bij de psychogeriatrische zorg. Tijdens interviews werd steevast opgemerkt dat het kader is geschreven voor de psychiatrie en te weinig oog heeft voor psychogeriatrische patiënten. De grootste moeite heeft men met de therapeutische doelstelling die in de Wet bopz is geformuleerd en de begrippen 'verzet' en 'dwangbehandeling'. Hoewel de doelstelling van de Wet bopz om het zelfbeschikkingsrecht van patiënten zoveel mogelijk te waarborgen wordt onderschreven, interpreteert men de wet toch op eigen wijze, hetgeen kan leiden tot een uitvoeringspraktijk die niet altijd geheel conform de letter van de wet is.

7.7.4 Effectiviteit

Uit het voorgaande blijkt reeds dat de uitgangspunten van de Wet bopz en ook de Wgbo niet geheel aansluiten bij de zorg voor psychogeriatrische patiënten. In deze paragraaf zal worden uiteengezet dat dit gegeven gevolgen heeft voor de effectiviteit van beide wetten met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op de toepasbaarheid en de uitvoerbaarheid van beide regelingen.

7.7.5 Toepasbaarheid

Eerder in dit hoofdstuk werden de wettelijke kaders van de Wet bopz en de Wgbo met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperking beschreven. Hier volgt een nadere analyse, waarbij met name ook de onderlinge samenhang tussen beide wetten wordt belicht.

Zowel de Wet bopz als de Wgbo bieden ruimte om vrijheidsbeperking toe te passen. De Wet bopz geldt uitsluitend voor psychogeriatrische patiënten die onvrijwillig zijn opgenomen in een bopz-aangemerkte instelling. Tevens is de wet van toepassing op patiënten die oorspronkelijk in de instelling verblijven, maar niet de nodige bereidheid tonen tot verder verblijf. Dit kán blijken uit verzet tegen een vrijheidsbeperkende maatregel die jegens hen wordt genomen.

De Wgbo is het wettelijk kader voor toepassing van vrijheidsbeperking als de Wet bopz niet van toepassing is. De toepassing moet dan kunnen worden gekwalificeerd als een geneeskundige handeling in de zin van de Wgbo. Degene met wie de behandelingsovereenkomst is gesloten dient ingevolge deze wet als hulpverlener te kunnen worden beschouwd.

Buiten de context van de Wet bopz en de Wgbo is er geen wettelijke grond voor toepassing van vrijheidsbeperkende maatregelen in de zorg.

Bestudering van de relevante wettelijke bepalingen en de wetsgeschiedenis laat zien dat de Wet bopz en de Wgbo nagenoeg dezelfde ruimte bieden voor toepassing van vrijheidsbeperking. Strikt genomen is de Wet bopz iets stringenter dan de Wgbo, omdat deze wet ten aanzien van in het zorgplan opgenomen onderdelen een therapeutische doelstelling verlangt. Een zorgplan dat in het kader van de Wgbo is opgesteld, moet voldoen aan eisen van goed hulpverlenerschap.

Omdat beide wetten uitgaan van zelfbeschikking moet in beginsel de patiënt instemmen met iedere verrichting die in het zorgplan wordt opgenomen, dus ook met vrijheidsbeperkende interventies. Slechts indien de patiënt wilsonbekwaam wordt bevonden, kan aan de inspraak van de patiënt voorbij worden gegaan. In dat geval dient een vervangende toestemming te worden gevraagd aan diens vertegenwoordiger. Beide wetten

kennen juridische relevantie toe aan verzet van de patiënt. In dat geval mag de behandeling uitsluitend worden doorgezet als voldaan is aan extra voorwaarden.

Geen extra bescherming vindt dus plaats in geval van verrichtingen die weliswaar met instemming van de vertegenwoordiger plaatsvinden, maar waarover de patiënt geen inspraak heeft gehad. Dit is opmerkelijk omdat ingeval van vrijheidsbeperkende interventies niet kan worden gezegd dat hieraan het vrijheidsbeperkende karakter is ontnomen. Eerder werd betoogd dat het vrijheidsbeperkende karakter aan een vrijheidsbeperkende maatregel uitsluitend ontnomen wordt, indien de patiënt weloverwogen met de maatregel heeft ingestemd en die ook te allen tijde zelf kan laten beëindigen.

Het ontbreken van aanvullende bescherming bij toepassing van vrijheidsbeperkingen op patiënten die daar zelf geen toestemming voor hebben gegeven, is zeker voor psychogeriatrische patiënten een tekortkoming. Deze worden immers in de regel vertegenwoordigd.

Ten aanzien van dwangbehandeling bevatten beide wettelijke regelingen oorspronkelijk nagenoeg dezelfde voorwaarden, al sprak de Wgbo oorspronkelijk van 'ernstig nadeel voor de patiënt' en de Wet bopz van 'ernstig gevaar voor de patiënt of voor anderen' als norm waaraan de noodzaak voor dwangbehandeling diende te worden getoetst. Toch zijn er enkele verschillen. De Wgbo beperkt de mogelijkheid van dwangbehandeling uitsluitend tot wilsonbekwame patiënten. De Wet bopz maakt daarentegen geen onderscheid tussen wilsbekwame en wilsonbekwame patiënten. De Wgbo beperkt het nadeel van niet behandelen tot de patiënt zelf, terwijl de Wet bopz ook gevaar voor anderen als geldige grond aanmerkt. Sinds 1 januari 2004 lijkt bovendien een nieuw onderscheid te zijn ontstaan, doordat de Wgbo nog steeds van 'ernstig' nadeel spreekt, terwijl in het kader van de Wet bopz nu 'gevaar' volstaat. Of dit een relevant onderscheid is en wat de eventuele verschillen zijn, is een vraag die door de praktijk en door jurisprudentie nader zal moeten worden ingevuld. Een bewuste keuze van de wetgever lijkt er echter niet aan ten grondslag te liggen.

Een groot verschil tussen beide dwangbehandelingsregelingen doet zich voor in de mate van bescherming die wordt geboden. De Wet bopz kent een uitgebreide procedurele bescherming, onder meer door de registratie- en meldingsplicht, alsmede het externe individuele toezicht dat door de Inspectie dient te worden geboden. De Wgbo biedt geen specifieke procedurele bescherming. De enige bescherming die in feite wordt gegeven zijn de normen van goed hulpverlener- en goed vertegenwoordigerschap. Deze bieden echter weinig concrete houvast.¹⁰³

Naast overeengekomen vrijheidsbeperkingen en toepassingen ingeval van dwangbehandeling, kennen beide wetten tevens de mogelijkheid van toepassing van vrijheidsbeperking in noodsituaties. De reikwijdte van de Wet bopz is helder, die van de Wgbo echter niet. Niet duidelijk in de Wgbo is de duur waaraan een toepassing maximaal gebonden is en de aard van de maatregelen die mogen worden toegepast.

De Wet bopz kent in tegenstelling tot de Wgbo een derde categorie vrijheidsbeperkende maatregelen die plaats kunnen vinden, namelijk die van art. 40 bopz. Deze maatregelen, waarvoor in de meeste gevallen een basis in de huisregels behoort te staan, dienen zowel een link te hebben met de openbare orde binnen de instelling, als met de gezondheidstoestand van de patiënt. Uitsluitend een beperking van de bewegingsvrijheid mag

¹⁰³ Op de inconsistentie van beide wetten wijst ook Gevers, J.K.M., Consistentie van wetgeving inzake de individuele hulpverleningsrelatie, 1998, p. 34.

aan patiënten worden opgelegd die met een art. 60-indicatie zijn opgenomen. Het onderscheid met overige vrijheidsbeperkende maatregelen is vaag en lijkt meer te zijn ontstaan vanuit de historie, dan dat dit gebaseerd is op een bewuste keuze van de wetgever.

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat de bepalingen met betrekking tot vrijheidsbeperking en dwangbehandeling van de Wet bopz en de Wgbo op zichzelf niet zoveel problemen opleveren. Die problemen vloeien veeleer voort uit hun onderlinge samenhang. De beide wettelijke regelingen bevatten een aantal inconsistenties ten opzichte van elkaar, die tot gevolg hebben dat met name de reikwijdte van de Wgbo met betrekking tot vrijheidsbeperking erg onduidelijk is. Bovendien biedt deze wet in vergelijking tot de Wet bopz minder bescherming. Het grootste bezwaar van beide regelingen is echter dat nauwelijks bescherming wordt geboden aan niet mondig, wilsonbekwame patiënten op wie vrijheidsbeperkingen worden toegepast.

7.7.6 Uitvoerbaarheid

In paragraaf 7.4 tot en met 7.6 is de praktijk van de zorg met betrekking tot toepassingen van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten in beeld gebracht. Uit het onderzoek komt in de eerste plaats naar voren dat de doelstellingen van beide wetten, het beschermen van de rechten van patiënten, door het veld worden herkend en onderschreven. Dit geldt in het bijzonder ook bij toepassingen van vrijheidsbeperking, die door zorgverleners als ultimum remedium worden beschouwd. Probleem daarbij is wel dat de vrijheidsbeperkende werking van sommige toepassingen, zoals het gebruik van medicatie of bedhekken, niet altijd wordt gezien. Daarentegen herkennen zorgverleners zich niet in de terminologie van de Wet bopz die naar hun idee meer voor de psychiatrie lijkt te zijn geschreven.

Het veld heeft met betrekking tot de zorgverlening in het algemeen en de toepassing van vrijheidsbeperkingen in het bijzonder procedures ontwikkeld die veelal voldoen aan de eisen die de Wet bopz eraan stelt, zelfs als die in het geheel niet van toepassing is. De mate waarin in de procedures meer waarborgen zijn ingebouwd, hangt niet zozeer af van de setting waarbinnen toepassingen plaatsvinden, maar meer van zaken als de zorgvisie, de organisatiecultuur, de opvattingen van de zorgverleners en hun deskundigheid. Deze aspecten kunnen overigens niet alleen gevolgen hebben voor de procedurele, maar ook voor de feitelijke invulling van toepassing van vrijheidsbeperkingen. Zo kan te weinig scholing of deskundigheid tot gevolg hebben dat het vrijheidsbeperkende karakter van handelingen niet in alle gevallen wordt onderkend.

Het overgrote deel van de toepassingen van vrijheidsbeperking vindt plaats met instemming van een vertegenwoordiger, dus zonder dat psychogeriatrische patiënten daar zelf toestemming voor hebben gegeven. Verzet blijkt in de praktijk een slecht onderscheidend criterium om te kunnen bepalen of er sprake is van dwang. Verzet wordt niet herkend of is moeilijk bepaalbaar, terwijl bij het ontbreken van verzet niet is na te gaan of een patiënt met de vrijheidsbeperking instemt. Gevolg is dat veel psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperking niet die rechtsbescherming krijgen waaraan zij op grond van hun onvermogen om voor hun eigen belangen op te komen behoefte hebben.

Ook (ernstig) gevaar of nadeel is een onvoldoende onderscheidend criterium. In de praktijk is de noodzaak tot toepassingen van vrijheidsbeperking ruimer dan alleen bij gevaar, bijvoorbeeld ingeval van overlast of het terugdringen van onrustgedrag. De noodzaak tot toepassingen van vrijheidsbeperking wordt dan ook niet zozeer getoetst

aan gevaar als wel aan het nastreven van goede of verantwoorde zorg. Daarbij blijkt overigens dat de personele bezetting soms onvoldoende is, waardoor sneller vrijheidsbeperkingen noodzakelijk zijn.

De Wet bopz biedt in vergelijking tot de Wgbo meer bescherming, met name ook vanwege de plicht tot registratie en melding van dwangbehandeling en vrijheidsbeperkingen in noodsituaties. Bij registraties wordt door bopz-aangemerkte instellingen geen onderscheid gemaakt tussen vrijheidsbeperkende toepassingen die onder de vlag van een overeenkomst, bij wijze van dwangbehandeling of in noodsituaties plaatsvinden. Daarmee gaan deze zorgaanbieders verder dan waartoe zij wettelijk verplicht zijn.

Centrale registraties die voor noodsituaties door de Wet bopz worden voorgeschreven zijn er echter niet of nauwelijks. Dit valt te betreuren, omdat zorgaanbieders een dergelijke registratie zouden kunnen gebruiken als onderdeel van een kwaliteitssysteem dat erop is gericht om vrijheidsbeperkingen zoveel mogelijk te voorkomen. Het nut van registraties wordt door zorgaanbieders niet altijd onderkend. In de voorlichting aan instellingen is ook nauwelijks aandacht besteed aan de mogelijkheden die registraties aan instellingen zelf bieden, maar werd slechts gewezen op het verplichtende karakter van registreren en melden.

Ook instellingen waar de Wet bopz niet van toepassing is, registreren veelal vrijheidsbeperkingen. Hier wordt evenmin onderscheid gemaakt tussen de drie situaties, noch zijn er centrale registraties.

Hoewel de meeste zorgaanbieders dus meer registreren dan wettelijk noodzakelijk is, levert dit nauwelijks een bijdrage aan de rechtsbescherming van patiënten. Dit komt omdat met de gegevens te weinig gebeurt.

7.8 Conclusie

Vrijheidsbeperkingen worden omschreven als alle (non-)interventies die in de zorg worden toegepast of nagelaten, en die als doel of neveneffect hebben dat de vrijheid van patiënten wordt beperkt. Betoogd werd in dit hoofdstuk dat het vrijheidsbeperkende karakter slechts aan zo'n interventie ontnomen wordt, indien een patiënt hier zelf weloverwogen toestemming voor geeft en zelf kan bepalen wanneer de interventie wordt beëindigd. Twee wetten bieden een kader voor toepassing van vrijheidsbeperking, de Wgbo en de Wet bopz. Beide wetten leggen nadruk op het vragen van toestemming van de patiënt voor verrichtingen. Ingeval van wilsonbekwaamheid kan een vertegenwoordiger in diens plaats toestemming geven. Een handeling krijgt in beide regelingen pas een vrijheidsbeperkend karakter indien een patiënt verzet uit. Dit uitgangspunt is in overeenstemming met het beginsel van zelfbeschikking, maar miskent de vrijheidsbeperkende aard van interventies die niet met toestemming van de patiënt zelf worden uitgevoerd. Het grootste deel van de vrijheidsbeperkingen bij psychogeriatrische patiënten vindt juist plaats met toestemming van een vertegenwoordiger en zonder dat de patiënt zich tegen een toepassing uitspreekt. De Wgbo en de Wet bopz bieden deze groep patiënten nauwelijks rechtsbescherming.

Maakt een psychogeriatrische patiënt wel bezwaar tegen een toepassing, dan kan deze desondanks plaatsvinden indien aan de voorwaarden wordt voldaan van de dwangbehandelingsregelingen van art. 38 lid 5 bopz en art. 7:465 lid 6 BW. In vergelijking tot de Wet bopz kent de Wgbo op het vlak van dwangbehandeling veel minder waarborgen.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Zo kent de Wgbo geen registratieverplichtingen. Ook de bescherming die het Wkc-klachtrecht bij dwangbehandeling op basis van de Wgbo kan bieden is beduidend minder in vergelijking tot de beschermende werking van het bopz-klachtrecht. Gevers vestigt te

Verzet wordt in de praktijk echter weinig geconstateerd, zodat feitelijk de rechtsbeschermende werking van beide bepalingen gering is.

Uit het onderzoek komt verder naar voren dat vrijheidsbeperkingen niet alleen worden toegepast op plaatsen waar de Wet bopz van toepassing is, maar ook daarbuiten. Zorgaanbieders die niet bopz-aangemerkt zijn bieden in toenemende mate zorg aan psychogeriatrische patiënten. De zorgzwaarte neemt toe en toepassing van vrijheidsbeperking is soms onvermijdelijk. In dit hoofdstuk is betoogd dat het wettelijk kader van de Wgbo nog minder dan dat van de Wet bopz de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten waarborgt.

Rechtsbescherming is echter niet de enige factor die bijdraagt aan het voorkomen van onterechte toepassingen. Los van het wettelijk kader blijken zaken als de zorgvisie van zorgaanbieders, de deskundigheid van zorgverleners, de hoeveelheid en de organisatie van het personeel en het toezicht, de bouwkundige situatie, en het kunnen bepalen van de grenzen van de zorg die binnen de eigen setting kan worden geboden een grote rol te spelen bij de invulling van verantwoorde zorg rondom vrijheidsbeperking.

De huidige wetgeving beschermt psychogeriatrische patiënten dus onvoldoende bij toepassing van vrijheidsbeperking. In de eerste plaats zou een ruimer begrip dienen te worden gehanteerd, zodat ook onmondige patiënten worden beschermd. In de tweede plaats zouden de voorwaarden voor toepassing zodanig omschreven behoren te worden dat patiënten die zorg ontvangen die nodig is. Daarnaast dienen zij echter voldoende beschermd te worden tegen een te gemakkelijk gebruik van vrijheidsbeperkende interventies. Dat brengt met zich mee dat zorgaanbieders gestimuleerd zouden moeten worden om toepassing van vrijheidsbeperking binnen de eigen setting zoveel mogelijk terug te dringen en te voorkomen. In de derde plaats dienen zorgverleners, wanneer vrijheidsbeperkingen noodzakelijk zijn, zowel op de beslissing als op de toepassing toetsbaar te zijn. Derhalve dient er transparantie te worden betracht bij hun optreden.

Tot slot dient de mate van rechtsbescherming die wordt geboden niet afhankelijk te zijn van de plaats waar iemand zorg ontvangt. Dat betekent niet per se dat alle vormen van vrijheidsbeperking overal zouden moeten zijn toegestaan, maar wel dat overal hetzelfde wettelijke kader geldt waaraan getoetst moet worden.

recht aandacht op het feit dat op grond van de wettelijke bepalingen inzake kwaliteit van zorg in Wgbo, Wet big en Kwz betoogd kan worden dat eventuele toepassing van fysieke dwangmiddelen wordt geregistreerd, geprotocolleerd en met interne waarborgen als toezicht en toetsing omgeven. Zie Rb. Amsterdam, 13-2-'01, BJ 39, 2001.

8. TOEZICHT

De dementerende heer Derk Bessen ontvangt thuiszorg. Hij woont alleen en heeft geen naaste familieleden. De burens vormen zijn belangrijkste sociale contact. Onlangs heeft de thuiszorg het gasfornuis door een elektrische kookplaat laten vervangen. De heer Bessen had het reeds verschillende malen aan laten staan, en de verzorgenden waren bang dat er ongelukken zouden gebeuren. Nu hebben ze van de burens gehoord dat hij onlangs 's nachts door de politie is thuisgebracht. Hij is 's avonds de deur uit gegaan en hij heeft vervolgens kennelijk de weg naar huis niet meer terug kunnen vinden.

De thuiszorgorganisatie maakt zich zorgen. Naar verwachting gaat het nog langer dan een jaar duren voordat Derk Bessen in het verpleeghuis kan worden opgenomen. In de zorgteambespreking, waaraan ook een verpleeghuisarts deelneemt, wordt op diens aanraden besloten dat de avonddienst beter de voorkeur op slot kan doen. Er wordt een babyfoon neergezet bij de burens, zodat die bij calamiteiten poolshoogte kan nemen. De zorgmanager van de thuiszorgorganisatie vraagt zich af of dit allemaal thuis wel kan en wil het gebeurde rapporteren aan de Inspectie. Degene die hem hier te woord staat geeft echter aan dat de Inspectie met deze melding niets kan. Er bestaat geen wettelijke plicht die voorschrijft dat men dit aan de Inspectie moet melden.¹

8.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk werden de wettelijke kaders met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten besproken, alsmede de wijze waarop daar in de praktijk invulling aan wordt gegeven. De effectiviteit van deze wettelijke kaders wordt mede bepaald door de manier waarop de wetgever heeft voorzien in instrumenten die erop toezien dat regels ook worden nageleefd. Eén van die instrumenten is het toezicht door de Inspectie van de Gezondheidszorg. Een tweede is het (bopz-)klachtrecht, dat in hoofdstuk 9 aan de orde komt.

In dit hoofdstuk wordt het functioneren van de Inspectie als toezichthouder in de psychogeriatric onderzocht. Betoogd zal worden dat het toezicht van de Inspectie tot op heden onvoldoende bijdraagt aan de rechtsbescherming van psychogeriatrische patiënten.

In de volgende paragraaf zal daartoe het juridische kader waarbinnen de Inspectie opereert nader uiteen worden gezet. In paragraaf 8.3 komt de praktijk van het toezicht bij vrijheidsbeperking aan de orde, waarna in paragraaf 8.4 een evaluatie volgt. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

8.2 Wettelijke kaders

8.2.1 Inleiding

Het Staatstoezicht op de Volksgezondheid dankt zijn bestaan aan de Gezondheidswet. Het Staatstoezicht valt onder het Ministerie van VWS en heeft drie taken. De eerste be-

¹ Dit is een fictieve casus.

treft het verrichten van onderzoek naar de staat van de volksgezondheid en de determinanten daarvan, alsmede het zonedig aangeven en bevorderen van middelen tot verbetering. In de tweede plaats dient het Staatstoezicht controle te houden op de naleving en de opsporing van overtredingen op het gebied van de volksgezondheid. Voor deze taak moet een wettelijke regeling het Staatstoezicht steeds nadrukkelijk bevoegd verklaren. De derde taak houdt in het op verzoek of uit eigen beweging uitbrengen van adviezen en het verstrekken van inlichtingen aan de Minister van VWS op grond van de eerste twee taken.

Eén van de onderdelen van het Staatstoezicht betreft de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ of kortweg Inspectie).² Het werkterrein van de IGZ bestrijkt de beroepen en instellingen in de gezondheidszorg, de gezondheidszorgstatistiek, de bestrijding en voorkoming van ziekten en bevordering van de gezondheid, de geestelijke volksgezondheid, de geneesmiddelen – waaronder ook verdovende middelen – de bloedvoorziening en de medische hulpmiddelen.

Niet alleen de taken worden in de Gezondheidswet omschreven. Ook de bevoegdheden komen globaal aan de orde. Artikel 39 van de Gezondheidswet verwijst naar de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en verklaart een aantal bevoegdheden en verplichtingen die in art. 5:12 tot en met 17 en art. 5:20 van deze wet zijn beschreven, van overeenkomstige toepassing. Art. 5:15 verleent een toezichthouder bijvoorbeeld de bevoegdheid om elke plaats te betreden, met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner. Hij kan zich zonedig toegang verschaffen met behulp van de sterke arm. Daarnaast kan hij de plicht opleggen om inlichtingen te verstrekken (art. 5:16) en kan hij inzage vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden (art. 5:17).

Art. 5:20 legt eenieder op medewerking te verlenen binnen redelijke termijn aan de aan de toezichthouder opgelegde wettelijke taak (zie ook art. 5:11).

Bevoegdheden die aan de toezichthouder op grond van hoofdstuk 5 of op grond van een andere wet zijn toegekend, kunnen worden beperkt bij wettelijk voorschrift of bij besluit van het bestuursorgaan dat de toezichthouder voor een taak heeft aangewezen (art. 5:14).

De taken van de Inspectie zijn voor wat betreft de geestelijke gezondheidszorg nader omschreven in de Wet bopz. Verder geven de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet big) en de Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz) een nadere uitwerking van de taken en bevoegdheden in de zorg in het algemeen.

8.2.2 Wet bopz

De Wet bopz kent aan de Inspectie een algemene bevoegdheid toe met betrekking tot de geestelijke gezondheidszorg. De hoofdinspecteur en de inspecteurs hebben tot taak 'te waken voor de op het terrein van de volksgezondheid betrekking hebbende belangen

² Zie art. 1 sub a Besluit Staatstoezicht op de volksgezondheid, 1998. De andere twee zijn de Inspectie voor de Volksgezondheid en de Inspectie Gezondheidsbescherming, Waren en Veterinaire Zaken. De eerste houdt zich bezig met het toezicht op het gebied van de hygiëne van het biologische, chemische en fysische milieu van de mens. De tweede is belast met waren die niet onder het werkterrein van de Inspectie voor de Gezondheidszorg vallen en daarnaast met de keuring daarvan, de destructie, het onderzoek van dieren en gewassen en hun omgeving ter voorkoming van besmetting met organismen, stoffen of straling, waaraan bij het omgaan met dieren of bij het nuttigen van producten van dierlijke of plantaardige oorsprong gevaar voor de volksgezondheid kan zijn verbonden (art. 1 sub b en c Besluit Staatstoezicht volksgezondheid). Deze twee Inspecties blijven verder buiten beschouwing.

van alle personen wier geestvermogens zijn gestoord'. In dat verband dienen zij toe te zien op een verantwoorde behandeling, verpleging en bejegening voor deze personen. (art. 63 lid 1 bopz). Deze taakomschrijving is ruim. Zij overstijgt het kader van de Wet bopz omdat zij zich niet beperkt tot bopz-aangemerkte instellingen en onvrijwillig opgenomen patiënten. Volgens het kabinet is dit mogelijk, omdat in de considerans van de wet wordt aangegeven dat de Wet bopz *hoofdzakelijk* betrekking heeft op personen die op grond van een rechterlijke uitspraak in een psychiatrisch ziekenhuis worden opgenomen of verblijven.³

In de eerste versie van de Wet bopz bleef de taak van de Inspectie nog beperkt tot psychiatrische ziekenhuizen in enge zin.⁴ Een onderbouwing voor de bevoegdheden van de Inspectie is in de memorie van toelichting niet te vinden. Kennelijk werden zowel de taak als de bevoegdheden van de Inspectie in deze als vanzelfsprekend beschouwd.⁵

In de tweede versie van de wet wordt de taak van de Inspectie verduidelijkt. Het toezicht heeft betrekking op onderzoek, behandeling en verpleging van opgenomen patiënten. Het gaat echter niet om toezicht op de patiënten, maar op de kwaliteit van de aan patiënten verleende zorg.⁶ De inhoud en strekking van de nieuwe bepaling komen overeen met art. 2 van de dan geldende Krankzinnigenwet. De reikwijdte van het toezicht is inmiddels uitgebreid tot alle plaatsen waar zorg wordt verleend, met uitzondering van de eigen woning.⁷ Een toelichting op deze aanpassing ontbreekt.

Na kritiek vanuit de Tweede Kamer en mede als gevolg van gebeurtenissen op het terrein van de volksgezondheid waarbij de belangen van psychiatrische patiënten niet steeds gewaarborgd bleken, besluit het kabinet de bepaling nogmaals aan te passen. Uitgangspunt is dat geen afbreuk mag worden gedaan aan de taken en bevoegdheden van het Staatstoezicht ten opzichte van de Krankzinnigenwet. De nieuwe wet moet zelfs een versterking van de positie bevorderen, zo wordt gesteld.⁸ Over de reikwijdte wordt opgemerkt dat die zodanig is omschreven dat de besturen van alle inrichtingen en organisaties waar patiënten verblijven, onderzocht of behandeld worden, onder het toezicht vallen. Expliciet wordt daarbij gewezen op het feit dat extramurale instellingen er dus eveneens onder vallen. Een duidelijke onderbouwing voor juist deze uitbreiding ontbreekt echter ook hier.

Vragen vanuit de Kamer hebben geen betrekking op de reikwijdte, maar uitsluitend op de vraag of de Inspectie wel voldoende toegerust zal zijn om de ruime taak naar behoren te vervullen.⁹ De taakomschrijving van de Inspectie komt dan ook ongeschonden door de Tweede Kamer en wordt bij de behandeling van de bopz-novelle in 1989-1994 niet opnieuw ter sprake gebracht.

Wel worden na inwerkingtreding van de Awb de bevoegdheden van de Inspectie in art. 63 lid 2 bopz geëxpliciteerd: art. 5:15 (het betreden van elke plaats zonder toestemming

³ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 17, Vergaderjaar 1980-1981, p. 35-36.

⁴ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 2, Vergaderjaar 1970-1971, p. 7 art. 41 en verder oud bopz.

⁵ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 3, Vergaderjaar 1970-1971.

⁶ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 7, Vergaderjaar 1976-1977, p. 6.

⁷ Zie art. 41 bopz oud. Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 8, Vergaderjaar 1976-1977, p. 11.

⁸ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1978-1979, p. 37. De bepalingen die betrekking hebben op de bevoegdheden van de Inspectie worden nu opgenomen in een apart hoofdstuk, te weten hoofdstuk VIII oud artt. 57-59. Zie ook Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1979-1980.

⁹ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 16, Vergaderjaar 1980-1981, p. 14.

met uitzondering van de eigen woning) en 5:17 (het vorderen van inzage) Awb zijn in deze van toepassing. Bovendien is de Inspectie bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, een woning binnen te treden zonder toestemming van de bewoner.

Opdat zij haar taak kan vervullen, zijn in de Wet bopz diverse verplichtingen voor en bevoegdheden van de Inspectie opgenomen.

In de eerste plaats heeft de Inspectie een toezichthoudende rol bij de onvrijwillige opneming van patiënten. Daartoe moet zij zowel van een toewijzing als een afwijzing van een machtiging of inbewaringstelling op de hoogte worden gesteld (artt. 9 lid 3 en 4, 11, 12, 14a en 25). Indien de Officier van Justitie (OvJ) of de burgemeester overweegt een bevel af te geven om een instelling te dwingen iemand op te nemen voor wie een machtiging of inbewaringstelling is afgegeven, behoort hij vooraf met de Inspectie te overleggen (artt. 10 lid 2 en 24).

Ten aanzien van psychogeriatrische patiënten die door middel van een art. 60-indicatie worden opgenomen heeft de Inspectie geen bijzondere bevoegdheden. Slechts de bevoegdheden die uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing zijn verklaard gelden ook voor art. 60-patiënten. Dat brengt onder meer met zich mee dat de Inspectie niet op de hoogte wordt gesteld van patiënten voor wie een indicatie is afgegeven. Ook kan zij geen ontslag verzoeken voor deze patiënten. Wat betreft de juridische status van patiënten die in verpleeginrichtingen verblijven kan de Inspectie bovendien slechts nadere uitleg vragen over personen die zich verzetten tegen het verblijf (art. 64 lid 2). In psychiatrische ziekenhuizen in enge zin kan die uitleg worden gevraagd in verband met alle patiënten die niet de nodige bereidheid verblijf tonen.

In de tweede plaats behoort de Inspectie toezicht te houden bij toepassing van dwangbehandeling of van middelen en maatregelen in een noodsituatie. De taakomschrijving voor beide situaties verschilt. Van dwangbehandeling dient de Inspectie uiterlijk bij het begin van de behandeling in kennis te worden gesteld. In art. 38 lid 6 is voorgeschreven dat in de kennisgeving in ieder geval moet zijn opgenomen wie voor de beslissing tot behandeling verantwoordelijk zijn, de redenen om tot deze behandeling over te gaan en in hoeverre de betreffende patiënt in staat is om hierover een art.-41 klacht in te dienen. De Inspectie moet tevens van het einde van de dwangbehandeling op de hoogte worden gesteld. Na afloop moet de Inspectie een onderzoek instellen of de beslissing tot dwangbehandeling en de uitvoering daarvan zorgvuldig heeft plaatsgevonden (art. 38 lid 7).

Anders dan bij dwangbehandeling hoeft bij toepassing van middelen en maatregelen in een noodsituatie de Inspectie uitsluitend op de hoogte te worden gesteld van het inzetten van een vrijheidsbeperking. Het einde van de toepassing hoeft niet te worden gemeld en er is ook geen onderzoeksplicht na afloop (art. 39).

In de derde plaats heeft de Inspectie een rol bij de behandeling van klachten op grond van art. 41 en kan zij ten behoeve van patiënten die niet tot klagen in staat zijn een uitspraak van de rechter verzoeken omtrent de rechtmatigheid van een dwangbehandeling (art. 42).¹⁰

Tot slot heeft de Inspectie een rol bij verlof en ontslag. Indien een geneesheer-directeur het voornemen heeft om een patiënt een verlof langer dan 60 uur toe te staan, moet hij overleggen met de Inspectie. Dit geldt overigens alleen voor psychiatrische ziekenhui-

¹⁰ Het klachtrecht en de rol van de Inspectie daarbij wordt uitgebreid behandeld in hoofdstuk 9 en blijft hier verder buiten beschouwing.

zen in enge zin, dus niet voor verpleeginrichtingen (art. 34 lid 2). Verder kan de Inspectie (voorwaardelijk) ontslag verzoeken ten behoeve van patiënten die door middel van een RM of IBS opgenomen zijn. De geneesheer-directeur beslist op het verzoek. Zonodig kan de Inspectie de OvJ vragen om een verzoek tot ontslag in te dienen bij de rechter (art. 49). Voor patiënten die met een art. 60-indicatie opgenomen zijn, gelden deze bevoegdheden niet.

8.2.3 Kwz en Wet big

Met betrekking tot het toezicht op vrijheidsbeperkende interventies bij psychogeriatrische patiënten is naast de Wet bopz zoals gezegd de Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz) van belang. De Wet beroepen op de individuele gezondheidszorg (Wet big) bevat een bepaling van soortgelijke strekking als de Kwz, art. 40, voor zorgaanbieders die niet onder de Kwz vallen.

In de preambule bij de Kwz wordt vermeld dat de wet ontworpen is, omdat het wenselijk werd geacht om de wijze waarop de kwaliteit van zorg die wordt verleend door instellingen van overheidswege wordt gewaarborgd, ingrijpend te wijzigen.¹¹ Oorspronkelijk werd de kwaliteit van zorg in instellingen voornamelijk geregeld via de erkenningseisen op grond van de Ziekenfondswet en de AWBZ. De regeling was beperkt tot de kwaliteit van zorg in instellingen en sectoren die werden gefinancierd uit de publieke middelen.¹² Dit bleek niet te voldoen, hetgeen onder andere voortvloeide uit het feit dat zij met betrekking tot de kwaliteit van zorg onvoldoende rekening hield met nieuwe zorginhoudelijke ontwikkelingen.¹³

De memorie van toelichting bij de Kwz noemt twee doelstellingen:

1. Het scheppen van waarborgen ter handhaving van het bestaande hoge niveau van de kwaliteit van zorg in Nederland;
2. Het stimuleren van een verbetering van de kwaliteit van zorg.¹⁴

Zorg wordt in de wet gedefinieerd als zorg die is omschreven bij of krachtens de Ziekenfondswet en de AWBZ. Bij AMvB kunnen delen van die zorg worden uitgesloten (zie art. 1 lid 1 sub a Kwz). Daarvan is tot op heden nog geen gebruik gemaakt. Onder 'instelling' verstaat de wet een organisatorisch verband dat strekt tot de verlening van zorg. Met 'zorgaanbieder' wordt bedoeld de natuurlijke persoon of rechtspersoon die een instelling in stand houdt, of de natuurlijke personen of rechtspersonen die gezamenlijk een instelling in stand houden (art. 1 lid 1 sub a en b). Bij AMvB kunnen ingevolge art. 1 lid 2 nog meer vormen van zorg onder de wet worden gebracht. Dit is gebeurd in het bijbehorende uitvoeringsbesluit dat op 11 december 1996 in werking trad.¹⁵

Kern van de wet is dat zorgaanbieders verantwoorde zorg aanbieden (art. 2 Kwz). Daartoe dienen zij de zorgverlening zodanig te organiseren, de instelling zodanig zowel kwalitatief als kwantitatief van personeel te voorzien en zorg te dragen voor een zoda-

¹¹ Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz), 1996.

¹² Casparie, A.F., J. Legemaate, R.A.L. Rijkschroeff, et al., 2001, p. 20.

¹³ Handelingen Tweede Kamer, 22 113. nr. 2. Nota kwaliteit van zorg, Vergaderjaar 1990-1991 en Handelingen Tweede Kamer, 23 633. nr. 3, Vergaderjaar 1993-1994, p. 4.

¹⁴ Handelingen Tweede Kamer, 23 633. nr. 3, Vergaderjaar 1993-1994, p. 2.

¹⁵ Besluit van 11 december 1996, houdende uitvoering van artikel 1, tweede lid, van de Kwaliteitswet zorginstellingen en wijziging van enige besluiten op grond van de Ziekenfondswet en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten. Laatstelijk gewijzigd in 2002 Stb. 629, 1996.

nige verantwoordelijkheidstoedeling, dat deze doelstelling redelijkerwijs wordt bereikt (art. 3 Kwz). De verplichtingen omvatten verder onder meer het ontwikkelen van een kwaliteitssysteem (art. 4 Kwz) en het jaarlijks opstellen van een kwaliteitsverslag (art. 5).

Met bovengenoemde omschrijving van 'verantwoorde zorg' is sprake van geconditioneerde zelfregulering. Over de openheid van het begrip wordt opgemerkt:

'Het zal duidelijk zijn dat, waar de overheid geen nadere inhoud kan geven aan het begrip 'verantwoorde zorg', omdat iedere nadere omschrijving afbreuk zou doen aan de flexibiliteit, dit ook niet van het veld kan worden verwacht. Met andere woorden: van zelfregulering, in die zin dat het veld zelf in gedetailleerde regels vastlegt waaraan zorg moet voldoen, kan geen sprake zijn. Het veld geeft in de praktijk inhoud aan de norm, en die praktijk is nergens en nimmer dezelfde en is niet in regels te vatten. Iedere organisatie weet wanneer zorg verantwoord is; het gaat erom dat het bereiken en handhaven daarvan niet van het toeval afhankelijk is, maar op systematische wijze wordt nagestreefd. Kenbronnen zijn er natuurlijk wel, in de vorm van protocollen, inspectieverslagen, wetenschappelijke literatuur, etc., die echter telkens op de eigen situatie toegespitst worden toegepast. We zouden dan ook niet willen spreken van een vage norm, maar van een globale en dus flexibele norm, die afhankelijk van de specifieke omstandigheden ingevuld moet worden.'¹⁶

Art. 40 big verplicht zorgverleners die een art. 3 big-beroep uitoefenen, alsmede de personen die een art. 34-beroep uitoefenen eveneens om verantwoorde zorg aan te bieden.¹⁷ De verplichtingen die daaruit voortvloeien zijn vergelijkbaar met die uit de Kwz. In tegenstelling tot instellingen hoeven personen die een solopraktijk uitoefenen echter geen kwaliteitsjaarverslag te maken, al kunnen bij AMvB wel regels worden opgelegd om jaarlijks gegevens met betrekking tot een bepaalde behandeling te verstrekken aan de Inspectie (art. 40 lid 4 sub b big).

Beide wettelijke regelingen vormen het sluitstuk van een reeks wetten die de kwaliteit van zorg en rechten van patiënten inhoud geven. Belangrijk is daarom dat de afstemming met die andere wetten (o.a. de Wet bopz, de Wgbo, de Wet klachtrecht cliënten zorgsector, de Wet medezeggenschap cliënten zorgsector en de Awb) goed geregeld is, zo wordt ook door de vaste Kamercommissie opgemerkt.¹⁸ In reactie op vragen over de samenhang tussen de verschillende wetten geeft het kabinet aan dat hoewel al deze wetten het patiëntenbelang vooropstellen, dit bij de Kwz en de Wet big toch op een eigen manier gebeurt. De andere wetten hebben een versteviging van de positie van patiënten tot doel, terwijl de Wet big en de Kwz het patiëntenbelang op indirecte wijze beschermen door de zorgaanbieder aan te spreken op de door hem geleverde kwaliteit van zorg. De Kwz verschilt van de Wet big in het feit dat de laatste de kwaliteit van het handelen van individuele beroepsbeoefenaren regelt. Beroepsbeoefenaren kunnen op grond

¹⁶ Handelingen Tweede Kamer, 23 633. nr. 8, Vergaderjaar 1994-1995, p. 7.

¹⁷ Onder art. 3 -beroepen worden de acht beroepen verstaan waarvoor art. 3 big een register vereist. Dit zijn achtereenvolgens arts, tandarts, apotheker, gezondheidszorgpsycholoog, psychotherapeut, verloskundige en verpleegkundige. Deze beroepen hebben een beschermde titel, maar staan ook bloot aan het tuchtrecht. Daarnaast kent de wet een zogeheten 'lichte registratie' in art. 34: bij AMvB kan ter bevordering van een goede uitoefening van individuele gezondheidszorg de opleiding tot een bij de maatregel aangewezen beroep worden geregeld of aangewezen. Van deze mogelijkheid is bijvoorbeeld gebruik gemaakt voor verzorgenden individuele gezondheidszorg, logopedisten, mondhygiënist, diëtisten en ergotherapeuten. Deze beroepen hebben net als de art. 3 beroepen titelbescherming. In tegenstelling tot de 'zwarte registratie' van de art. 3 beroepen kennen deze beroepen geen tuchtrecht.

¹⁸ Handelingen Tweede Kamer, 23 633. nr. 7, Vergaderjaar 1994-1995, p. 1.

van de Kwaliteitswet hooguit worden aangesproken op hun bijdrage aan de integrale kwaliteit binnen een instelling. Ingevolge de Kwaliteitswet kan de instelling ter verantwoording worden geroepen voor de kwaliteit van de geleverde zorg en voor de wijze waarop het kwaliteitsbeleid van de betreffende instelling vorm krijgt. Onder het toezicht van de Kwz vallen ook de afspraken die men in verband hiermee heeft gemaakt met beroepsbeoefenaren die in welke vorm dan ook bij de zorg betrokken zijn.¹⁹

Bij het toezicht op naleving van zowel de Kwz als art. 40 Wet big door zorgaanbieders vervult de Inspectie een grote rol (artt. 7 en 8 Kwz en artt. 86-88 big). De handhaving van de Kwaliteitswet kan plaatsvinden met behulp van twee instrumenten. Een eerste mogelijkheid is dat de Inspectie een bevel aan de instelling geeft. Dit middel wordt ingezet indien tegen de instelling met spoed moet worden opgetreden (art. 7 lid 4 en 5 Kwz). Daarnaast bestaat voor niet-spoedeisende situaties de mogelijkheid van een aanwijzing door de Minister van VWS (art. 7 lid 1 tot en met 3 Kwz). Om de aanwijzing of het bevel kracht bij te zetten kan de Minister zonodig bestuursdwang toepassen (art. 14 Kwz jo. afdeling 5.3 Awb).

Voor de handhaving van art. 40 big bestaat uitsluitend de mogelijkheid van het geven van een bevel door de Inspectie (art. 87a big). Wel kan ook hier de Minister eventueel bestuursdwang toepassen (art. 100a big).

De Inspectie heeft met de Kwaliteitswet zorginstellingen krachtige instrumenten in handen gekregen om toezicht te houden zonder dat daar harde normen tegenover staan op basis waarvan getoetst moet worden. Toch heeft dit onderdeel van de wet nauwelijks kritiek gekregen tijdens de behandeling in de Tweede Kamer. Zowel de regering als de Tweede Kamer vonden het belangrijk dat de eigen verantwoordelijkheid van het veld gestimuleerd zou worden en dat de overheid slechts op afstand toetst. Overigens werd door het kabinet wel aangegeven dat er vanuit werd gegaan dat van de handhavingsinstrumenten van de Kwz, vanwege de preventieve werking die ervan uit zou gaan, slechts terughoudend gebruik zou hoeven te worden gemaakt.²⁰

Totdat de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz) in werking trad, behandelde de Inspectie zelf ook klachten. Omdat met de inwerkingtreding een belangrijke signaalfunctie verloren dreigde te gaan, is door de Minister van VWS in 1996 de 'Leidraad Onderzoek door de Inspectie voor de Gezondheidszorg naar aanleiding van meldingen' vastgesteld.²¹ Deze leidraad heeft als doel duidelijkheid te scheppen op welke wijze de Inspectie om zal gaan met meldingen van burgers over misstanden in de zorg. Vastgelegd is onder meer wanneer de Inspectie zal ingaan op een melding. Dit gebeurt als deze:

- wijst op een situatie die voor de algemene veiligheid of gezondheid een ernstige bedreiging kan betekenen, of
- aanleiding geeft te veronderstellen dat de artikelen 2, 3, 4 of 5 van de Kwaliteitswet zorginstellingen dan wel artikel 40, eerste tot en met derde lid van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg in onvoldoende mate of op onjuiste wijze worden nageleefd, of

¹⁹ Handelingen Tweede Kamer, 23 633. nr. 8, Vergaderjaar 1994-1995, p. 2.

²⁰ Onder andere Handelingen Tweede Kamer, 23 633. nr. 8, Vergaderjaar 1994-1995, 23 633. nr. 7, Vergaderjaar 1994-1995.

²¹ Leidraad Onderzoek door de Inspectie voor de Gezondheidszorg naar aanleiding van meldingen, 1996.

- vanwege het belang van een goede gezondheidszorg, anderszins noopt tot onderzoek (art. 4 Leidraad).

De Leidraad bevat tevens een bepaling over de vraag in welke situaties de Inspectie in ieder geval geen nader onderzoek instelt naar een melding, namelijk indien:

- zij betrekking heeft op een éénmalige gebeurtenis die niet van structurele betekenis is voor de kwaliteit van zorg,
- zij reeds voorwerp van onderzoek is geweest, of
- de melding betrekking heeft op een gebeurtenis die zich langer dan twee jaar geleden heeft voorgedaan, tenzij de inhoud van de melding – naar het oordeel van de inspecteur – onderzoek noodzakelijk maakt (art. 5).

De melding kan afkomstig zijn van een natuurlijke persoon of een rechtspersoon (art. 1 lid 3 Leidraad). Ook de zorgaanbieder of een zorgverlener kan een melding doen.²²

In haar jaarrapportage 1999 geeft de Inspectie aan dat zij voor het invullen van haar taak drie vormen van toezicht hanteert. Het betreft algemeen toezicht, crisis- of interventietoezicht en thematisch toezicht.

Met algemeen toezicht wil men inzicht verkrijgen in de aanwezigheid en de werking van kwaliteitsborgende maatregelen in een zorginstelling door middel van onder andere periodieke bezoeken aan instellingen. De bevindingen van een periodiek bezoek worden vastgelegd in een rapport dat bestaat uit de bevindingen van de Inspecteur en de daaruit voortvloeiende conclusies en aanbevelingen.

Crisis- of interventietoezicht wordt toegepast bij ernstige problemen of calamiteiten, waar een 'diepgaand inzicht nodig is in zowel de situatie die zich feitelijk heeft voorgedaan als in de werking van het betreffende kwaliteitssysteem'. Een onderzoek in dit kader kan eventueel leiden tot het door de inspecteur indienen van een tuchtklacht bij het tuchtcollege, of het initiëren van een strafrechtelijke procedure. Daarnaast kan een crisis-toezicht ook leiden tot aanpassing van het kwaliteitssysteem.

Door middel van thematisch toezicht wordt een bepaald onderdeel of aspect van de zorg nader onderzocht. Het onderzoek wordt meestal landelijk uitgevoerd en levert in tegenstelling tot de andere vormen van toezicht een openbare rapportage op.²³

In het jaarrapport 2002 stelt de Inspectie dat de draagkracht met betrekking tot het toezicht tekortschiet en zij daarom voor ingrijpende keuzes staat. Daarbij mag de opdracht van de Inspectie echter nooit uit het oog worden verloren. In de opvatting van de Inspectie houdt die opdracht in: 'in het belang van de burger een onafhankelijk oordeel vellen over de kwaliteit van de Nederlandse gezondheidszorg'.²⁴ Op dit moment werkt de Inspectie reeds aan drie oplossingen. In de eerste plaats wordt de prioriteit voor het inspectiewerk daar gelegd waar de gezondheidsrisico's het grootst zijn. Daartoe wordt een risicomodel ontwikkeld. Een tweede oplossing is de invoering van gelaagd ofwel gefaseerd toezicht. In de eerste fase worden dan gegevens over instellingen verzameld. In de tweede en derde fase vindt het eigenlijke inspecteurswerk plaats. Dit houdt in dat aandacht wordt geschonken aan situaties die op grond van de gegevens en op basis van het risicomodel reden tot ongerustheid geven. Daaropvolgend kunnen zonodig maatregelen plaatsvinden. Een derde oplossingsrichting is een combinatie van het risicomodel en het gelaagd toezicht, namelijk preventief toezicht door middel van prestatie-indicatoren. Deze vorm van toezicht wil men in de eerste plaats in ziekenhuizen gaan

²² Handelingen Tweede Kamer, 28 489. nr. 3, Vergaderjaar 2001-2002, p. 2.

²³ Inspectie voor de Gezondheidszorg, Jaarrapportage 1999, 2000, p. 7-8. Een voorbeeld is Inspectie voor de Gezondheidszorg, Verpleeghuizen garanderen minimale zorg niet, 2004.

²⁴ Inspectie voor de Gezondheidszorg, Jaarrapport 2002, 2003, p. 8.

toepassen. Met behulp van de prestatie-indicatoren hoopt de Inspectie een beter inzicht te krijgen in het functioneren van ziekenhuizen. Zij stelt in haar jaarverslag dat de indicatoren vooral betrekking zullen hebben op die aspecten van de ziekenhuiszorg waar kwalitatieve verbetering haalbaar en noodzakelijk is.²⁵

Uit bovenstaande blijkt dat de Inspectie een algemeen toezichthoudende taakopvatting hanteert. Ook komt naar voren dat de Inspectie steeds meer toewerkt naar toetsing op afstand. Dit strookt met de opvatting van het kabinet, die in de memorie van toelichting bij de Kwaliteitswet zorginstellingen hierover opmerkte:

‘Er is minder behoefte aan gedetailleerd toezicht door de Inspecties op de kwaliteit van daadwerkelijk verleende zorg. (...) De accentverschuiving op de feitelijke zorgverlening naar toezicht op door zorgaanbieders zelf georganiseerde kwaliteitsbewaking draagt bij aan een effectiever en efficiënter functioneren van het overheidstoezicht op de kwaliteit van zorgverlening’.²⁶

Deze terugtrekkende rol van de inspectie wordt uitgedrukt met ‘het houden van toezicht op toezicht’.²⁷ Legemaate betoogt dat deze ontwikkeling geen goede zaak is. Hij is van mening dat bij een terugtrekkende overheid juist een intensivering van het toezicht wenselijk is, zonder dat dit overigens leidt tot een ‘repressief apparaat’.²⁸ Ook de wetgever is inmiddels tot het inzicht gekomen, dat een te grote afstand leidt tot een minder goed functionerend toezicht. Daarom zullen in de nabije toekomst de Kwz en de Wkcz zodanig gewijzigd worden, dat de Inspectie meer signalen uit het veld krijgt wanneer er misstanden zijn – onder andere bij calamiteiten, bij seksueel misbruik door zorgverleners en bij ernstige klachten. In het laatste geval betreft het een verplichting voor klachtencommissies om te melden indien het een klacht betreft die naar het oordeel van de commissie ernstig is, bij de overige twee gaat het om een meldingsplicht voor de zorgaanbieder.²⁹

8.3 *Praktijk toezicht Inspectie in psychogeriatrische zorg*

8.3.1 *Inleiding*

In de vorige paragraaf stonden de wettelijke kaders centraal die de taken en bevoegdheden van de Inspectie vormgeven. Deze paragraaf behandelt de wijze waarop het toezicht van de Inspectie ten aanzien van toepassing van vrijheidsbeperking op psychogeriatrische patiënten in de praktijk gestalte krijgt. In verschillende onderzoeksprojecten kwam het functioneren van de Inspectie aan de orde.³⁰ Hieronder volgt onder 8.3.2 een overzicht met betrekking tot het toezicht op grond van de Wet bopz in instellingen met

²⁵ Inspectie voor de Gezondheidszorg, Jaarrapport 2002, 2003, p. 11-12.

²⁶ Handelingen Tweede Kamer, 23 633. nr. 3, Vergaderjaar 1993-1994, p. 13.

²⁷ Zie o.a. Handelingen Tweede Kamer, 23 633. nr. 7, Vergaderjaar 1994-1995, p. 15, Legemaate, J., 2001, p. 355, Casparie, A.F., J. Legemaate, R.A.L. Rijkschroeff, et al., 2001, p. 32.

²⁸ Legemaate, J., 2001, p. 357-359.

²⁹ Handelingen Eerste Kamer, 28 489. nr. 216, Vergaderjaar 2003-2004. Met name de nieuwe bevoegdheid/verplichting voor de klachtencommissie heeft tot veel commotie in de Kamers en daarbuiten geleid. Zie Handelingen Eerste Kamer, 28 489. B, Vergaderjaar 2003-2004, p. 1-8. Legemaate, J., 2003 en de reactie daarop van Plokker, H., 2003.

³⁰ Arends, L.A.P., K. Blankman en B.J.M. Frederiks, 2002, Arends, L.A.P. en T. Stigter, 2003, Arends, L.A.P., Beperkt door zorg, 2004, Legemaate, J., L.A.P. Arends en A. Riet, van 't, 2002

een bopz-aanmerking en instellingen waar dit niet het geval is. Onder 8.3.3 wordt ingegaan op het toezicht door de Inspectie op grond van de Kwaliteitswet zorginstellingen. Daarbij is gebruik gemaakt van gegevens uit de evaluatie van deze wet.³¹

8.3.2 Wet bopz

8.3.2.1 Toezicht op vrijheidsbeperkingen bij zorgaanbieders met een bopz-aanmerking

Het toezicht door de Inspectie in bopz-aangemerkte instellingen is onderzocht in het kader van de tweede bopz-evaluatie.³²

De instellingen hebben in 2000 de volgende gegevens aan de inspectie gemeld:

Tabel 8-1 Meldingen aan inspectie in 2000 (in procenten)

Item	Verpleeghuizen (n=200)	Verzorgingshuizen (n=14)
Uitspraak bopz-klachtencommissie	2,5	0
Dwangbehandeling	42,0	9,1
Toepassing middelen en maatregelen	42,0	36,4
Calamiteiten	21,0	7,1
Anders	13,5	0
Niets gemeld	26,5	54,5

Overige meldingen hebben vooral betrekking op opnemings van bewoners via een rechterlijke machtiging of herindicaties van bewoners.

Lang niet in alle gevallen reageert de Inspectie op meldingen. 50,0% van de verpleeghuizen kreeg zelfs in het geheel geen reactie. Op meldingen van dwangbehandeling werd slechts bij 10% en op meldingen van middelen en maatregelen in noodsituaties in 6,5% van de verpleeghuizen door de Inspectie gereageerd.

De Inspectie komt niet bij alle verpleeghuizen en verzorgingshuizen jaarlijks langs: ruim een kwart kreeg in 2000 geen bezoek. Als de inspectie een instelling bezoekt, gebeurt dit in verreweg de meeste gevallen in het kader van een algemeen inspectiebezoek. Dit is het geval bij 57,9% van de verpleeghuizen. Opmerkelijk was dat slechts drie van de dertien onderzochte verzorgingshuizen werden bezocht. Verzorgingshuizen vielen in 2000 voor het eerst onder de Wet bopz.

Het bezoeken van een instelling naar aanleiding van een melding vindt relatief weinig plaats. Dit gebeurde in slechts 3,0% van de verpleeghuizen, terwijl in verzorgingshuizen een bezoek om die reden in het geheel niet plaatsvond. Bij verzorgingshuizen die in het kader van de Wet bopz werden bezocht, ging het in alle gevallen om een aanvraag voor een bopz-aanmerking.

De meeste instellingen worden niet geconfronteerd met (dringende) verzoeken van de Inspectie. 55,0% van de verpleeghuizen en 53,8% van de verzorgingshuizen heeft geen verzoek gehad. Is er wel sprake van een verzoek, dan gaat in de meeste gevallen om een suggestie van de Inspectie. Er is dan meer sprake van een advies, dat men niet verplicht is om op te volgen. 30,5% van de verpleeghuizen en 76,9% van de verzorgingshuizen kreeg een dergelijke suggestie. 14,0% van de verpleeghuizen en één verzorgingshuis

³¹ Casparie, A.F., J. Legemaate, R.A.L. Rijkschroeff, et al., 2001

³² Legemaate, J., L.A.P. Arends en A. Riet, van 't, 2002.

kreeg een dringend advies, terwijl in iedere sector één instelling een dreiging met een maatregel op grond van de Kwaliteitswet kreeg.

Voorts heeft de Inspectie op basis van art. 3 lid 4 bopz een wettelijk recht om dossiers van bewoners in te zien. Daar heeft de Inspectie in 24,0% van de verpleeghuizen en in twee verzorgingshuizen gebruik van gemaakt. Vrijwel altijd kijkt de Inspectie als van deze bevoegdheid gebruik wordt gemaakt één tot vijf dossiers in.

Tot slot is een oordeel aan de instellingen gevraagd over de aanpak van de inspectie inzake het toezicht op de naleving van de wet bopz. In onderstaande tabel wordt daarvan een overzicht gegeven.

Tabel 8-2 Oordeel van instellingen over toezicht Inspectie (in procenten)

	Verpleeghuizen (n=201)	Verzorgingshuizen (n=13)
Duidelijk en alert	34,3	38,5
Onduidelijk wanneer inspectie in actie komt	35,8	15,4
Toezicht is niet merkbaar	9,0	15,4
Anders	14,4	7,7
Weet niet	10,0	15,4

Slechts een derde van de geënquêteerden oordeelde in 2001 positief over het toezicht van de Inspectie op basis van de Wet bopz. Over de hele linie is het beeld tamelijk negatief. Dat is niet verwonderlijk aangezien de Inspectie volgens het onderzoek in de psychogeriatric minder actief is dan in de overige sectoren. Dit negatieve beeld wordt bevestigd in de interviews, waarin de meeste instellingen aangeven weinig te merken van het toezicht van de inspectie. Dikwijls leidt dit tot frustratie als het gaat om meldingen van met name dwangbehandeling of middelen en maatregelen in een noodtoestand. Men heeft het gevoel dat er niets mee gebeurt en dat melden dus nutteloos is. Sommige instellingen stelden om die reden ook in de loop van de jaren minder te zijn gaan melden. Actiever heeft de Inspectie zich in de verzorgingshuizen geroerd die te maken hebben met psychogeriatrische bewoners. De Inspectie stimuleert in die gevallen het aanvragen van een bopz-aanmerking. Ook dit kwam tijdens de interviews naar voren.

Bovenstaande lijkt erop te wijzen dat de Inspectie toezicht op afstand houdt als het gaat om bopz-maatregelen bij psychogeriatrische patiënten. Dit wordt ook duidelijk uit interviews die met regionale Inspecteurs zijn gehouden. Geen van hen had overigens psychogeriatrische zorg in de portefeuille. Deze inspecteurs geven drie redenen waarom men zelden op individuele rechtsbescherming gerichte acties doet:

- Een op het individu gerichte interventie komt vaak als mosterd na de maaltijd;
- de Inspectie is niet deskundig genoeg om in individuele situaties rechtmatigheidstoetsingen te doen; en
- het is effectiever de toetsing een algemeen kwaliteitsverbeterend karakter te geven.

8.3.2.2 Toezicht op vrijheidsbeperkingen bij zorgaanbieders zonder bopz-aanmerking

Uit de onderzoeken op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is, blijkt dat de Inspectie overwegend op afstand blijft met betrekking tot toepassingen van vrijheidsbeperking.³³ Veel respondenten geven aan dat de Inspectie het beleid heeft dat men geen meldingen wil krijgen van toepassingen van vrijheidsbeperking in situaties waarin de

³³ Arends, L.A.P. en T. Stigter, 2003, Arends, L.A.P., Beperkt door zorg, 2004.

Wet bopz niet van toepassing is. Dit leidt tot frustratie en ontevredenheid, omdat zorgverleners overleg hierover juist prettig vinden. Enkele respondenten melden overigens over dit onderwerp goede contacten te hebben met de regionale Inspecteur. Verzorgingshuizen worden daarentegen door sommige Inspecteurs 'achter de broek' gezeten om een aanmerking aan te vragen. In deze situaties wordt het toepassen van vrijheidsbeperkingen terwijl de Wet bopz niet van toepassing is kennelijk onacceptabel gevonden.

8.3.3 Kwz

Tijdens de evaluatie van de Kwaliteitswet zorginstellingen is de Inspectie getoetst op de wijze waarop zij het algemeen toezicht en het crisis- en interventietoezicht uitoefent.³⁴ Het onderzoek is in dezelfde periode uitgevoerd als de bopz-evaluatie. Niet bekend is hoe hoog de respons was onder de deelnemende verpleeg- en verzorgingshuizen, vandaar dat de gegevens met de nodige voorzichtigheid moeten worden geïnterpreteerd. Volgens dit onderzoek heeft 81% van de sector verpleging en verzorging in het kader van de Kwz contact met de Inspectie gehad. Bij 77% van de instellingen vond dit plaats in het kader van algemeen bezoek en bij 43% vanwege calamiteiten.³⁵ In het kader van de Kwz-evaluatie zijn resultaten uit interviews met respondenten uit de instellingen over de contacten met de Inspectie niet apart weergegeven, maar uit de interviews met de brancheorganisaties klinkt door dat instellingen het niet prettig vinden dat de Inspectie de instelling soms bezoekt zonder dat tevoren duidelijk is wat het doel is.³⁶ Ook is niet inzichtelijk waarop wordt getoetst. Hetzelfde komt naar voren in de bevindingen van alle onderzochte zorgaanbieders. Tevens blijkt uit dit onderzoeksdeel dat de zorgaanbieders ontevreden zijn over de frequentie waarin bezoeken plaatsvinden.

Als handhavinginstrumenten kent de Kwz de aanwijzing en het bevel. Bij de Kwz-evaluatie bleek dat tot dan toe slechts drie keer van de aanwijzingsbevoegdheid en één keer van de bevelsbevoegdheid gebruik gemaakt was. Van deze bevoegdheden wordt dus terughoudend gebruik gemaakt. Volgens de onderzoekers heeft die terughoudend-

³⁴ Casparie, A.F., J. Legemaate, R.A.L. Rijkschroeff, et al., 2001, p. 57-58. Opmerkelijk is dat in het kabinetstandpunt naar aanleiding van de Kwz-evaluatie het functioneren van de Inspectie nauwelijks kritisch wordt bejegend. Tekortkomingen van de Inspectie worden vooral toegeschreven aan het feit dat kwaliteitssystemen onvoldoende tot ontwikkeling zijn gekomen, waardoor de Inspectie niet kan toetsen. Wel wordt opgemerkt dat men de ontwikkeling naar een krachtige toezichthouder ondersteunt, waarbij het accent zal liggen op signalering en correctie. Zie hierover Handelingen Tweede Kamer, 28 439. nr. 1. Evaluatie Kwaliteitswet zorginstellingen, Vergaderjaar 2001-2002, p. 8-9.

³⁵ Opvalt dat bij de tweede bopz-evaluatie dit aantal slechts de helft van dit percentage onder verpleeghuizen bedroeg. De deelnemende instellingen vormden 65% van alle verpleeghuizen in Nederland. Een non-responsonderzoek wees uit dat de niet-deelnemende groep niet afweek van degenen die wel meededen, zodat dit percentage als betrouwbaar moet worden beschouwd. Het verschil met het Kwz-onderzoek kan wellicht verklaard worden doordat men in het laatste onderzoek niet naar een periode heeft gevraagd. Dit betekent dus dat de genoemde percentages verwijzen naar instellingen die bezoek hebben gehad van de Inspectie sinds de inwerkingtreding van de Kwz. Zo bezien heeft een vijfde van de onderzochte instellingen in vijf jaar geen bezoek gehad.

³⁶ Ook uit een rapport van de Algemene Rekenkamer Algemene Rekenkamer, over het functioneren van de Inspectie blijkt onder meer dat lang niet altijd duidelijke toetsingscriteria worden opgesteld. Bovendien is de frequentie van bezoek sterk afhankelijk van de sector, maar ook van de regio.

heid niet alleen te maken met de wens van de overheid, maar vooral ook met het feit dat de bevoegdheid om in te grijpen door de Inspectie en Minister discretionair is. Men is daartoe niet verplicht. Daarentegen moet het effect van ingrijpen als belastend moet worden gekenmerkt. Dat betekent dat wanneer van de bevoegdheid gebruik wordt gemaakt een goede onderbouwing moet plaatsvinden.³⁷ Keerzijde van het niet gebruiken van de bevoegdheid is dat geen nadere normen worden ontwikkeld en evenmin een herkenbaar beleid van Minister en Inspectie ontstaat.

8.3.4 Conclusie

Uit het voorgaande komt naar voren dat zorgaanbieders noch op basis van de Wet bopz, noch op basis van de Kwaliteitswet of Wet big veel van een actief toezicht door de Inspectie merken. Een oorzaak zou kunnen zijn dat de beschikbare instrumenten om eventueel in te grijpen als te zwaar worden ervaren en daarom slechts sporadisch gebruikt worden. De Inspectie noemt zelf in haar jaarverslag 2002 een andere oorzaak, en wel personeelstekort. Zij stelt dat bij een groeiend takenpakket van de inspectie en een gelijkblijvend of zelfs afnemend medewerkersbestand een voortdurende bezinning op wat de kerntaken zijn, noodzakelijk is.³⁸ Het houden van individueel toezicht bij toepassing van vrijheidsbeperkingen wordt daar kennelijk niet onder gevat.

8.4 Evaluatie

8.4.1 Inleiding

Bij vrijheidsbeperking zijn fundamentele rechten van patiënten in het geding. Daarom is het van belang dat de wet voorziet in instrumenten die waarborgen dat vrijheidsbeperkende interventies zorgvuldig worden genomen, en dat onterechte of onjuiste toepassingen aan het licht komen en zonodig gesanctioneerd worden. Een adequaat en onafhankelijk toezicht is daarbij noodzakelijk. In dit hoofdstuk werden de wettelijke kaders waarbinnen de Inspectie Gezondheidszorg moet functioneren bij vrijheidsbeperkende interventies besproken. Ook werd uiteengezet wat de ervaringen zijn met het toezicht in de praktijk. In deze paragraaf worden de wettelijke kaders met betrekking tot het toezicht van de Inspectie geëvalueerd, te weten de Wet bopz, de Kwz en de Wet big. Achtereenvolgens komen aan de orde de doelstellingen, aanvaardbaarheid, de toepasbaarheid, de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid van de wetten.

8.4.2 Doelstellingen

In dit hoofdstuk werd gezien dat het toezicht door de Inspectie op drie niveaus doelstellingen heeft. De algemene doelstelling van de Inspectie is verwoord in de Gezondheidswet en het bijbehorende Besluit. Haar taak ligt in het handhaven van plichten voor zorgaanbieders die de volksgezondheid raken. Die rol is het afgelopen decennium meer en meer die van een toezichthouder op afstand geworden.

Nauw aansluitend op de algemene doelstelling van de Inspectie is de rol die haar is toebedeeld op grond van de Kwaliteitswet zorginstellingen. Eén van de twee doelen van die wet is het waarborgen van de kwaliteit van zorg binnen instellingen. Omdat de wetgever de eigen verantwoordelijkheid van zorgaanbieders wil stimuleren, om zo ook de tweede doelstelling – het verbeteren van de kwaliteit van zorg – te kunnen bereiken, is de Inspectie het sluitstuk van de wet: een toezichthouder op afstand.

³⁷ Wijk, H.D., van, W. Konijnenbelt en R.M. Male, van, 2002, p. 232

³⁸ Inspectie voor de Gezondheidszorg, Jaarrapport 2002, 2003, p. 12

Anders gesteld is het met de rol die de Inspectie heeft op grond van de Wet bopz. Art. 63 bopz omschrijft de taak van de Inspectie als het toezicht houden op de belangen van alle personen met een geestelijke stoornis op het terrein van de volksgezondheid. Aan de bepaling is de zinsnede toegevoegd dat de Inspectie toeziet op een verantwoorde behandeling, verpleging, verzorging en bejegening van personen met een psychiatrische stoornis. Dat lijkt erop te wijzen dat individueel toezicht van de Inspectie wordt gevraagd. Toch had men met deze taakomschrijving destijds niet zozeer het toezicht op patiënten op het oog, maar meer de kwaliteit van zorg die geboden werd, zo bleek uit paragraaf 8.2.2. Daarmee sluit de doelstelling op grond van de Wet bopz nauw aan bij hetgeen in de Gezondheidswet staat geformuleerd. De formulering van art. 63 bopz is dus verwarrend.

Uit bestudering van de bevoegdheden die in de loop van de totstandkoming van de wet aan de Inspectie zijn toegekend, alsmede uit de verplichtingen die aan psychiatrische ziekenhuizen opgelegd zijn blijkt dat impliciet een tweede doelstelling is toegevoegd aan het toezicht door de Inspectie op basis van de Wet bopz, namelijk het beschermen van de rechtspositie van onvrijwillig opgenomen patiënten. Daarmee wordt de verwar- ring alleen maar versterkt. Deze doelstelling, die de individuele component die in art. 63 lid 1 lijkt te zijn neergelegd, versterkt, is niet consistent met de overige taken van de Inspectie.

8.4.3 Aanvaardbaarheid

In hoofdstuk 4, paragraaf 4.6.3, werd besproken dat het voor de effectiviteit van een wettelijke regeling noodzakelijk is dat de uitvoerders en de handhavers de wet, maar ook haar doelstellingen onderschrijven. De taakomschrijvingen die uit de verschillende toepasselijke wetten voortvloeien laten verschillende richtingen zien die moeilijk met elkaar te verenigen zijn.

Traditioneel heeft de Inspectie een algemeen toezichthoudende taak. De laatste jaren wordt bevorderd dat de Inspectie dit toezicht op afstand vervult, zeker na invoering van de Kwaliteitswet. Het devies is om instellingen zoveel mogelijk zelf de koers met betrekking tot kwaliteit van zorg te laten bepalen en slechts dan in actie te komen als die kwaliteit in gevaar is.

De Wet bopz vraagt echter niet om terughoudendheid, maar juist om een actieve opstelling. De individueel toezichthoudende taak brengt met zich mee dat de Inspectie als het ware over de schouders van de zorgverleners heen moet kijken om te onderzoeken of toepassing van dwangbehandeling op de juiste wijze plaats heeft gevonden. Hier past geen terughoudendheid, maar is een actieve opstelling vereist.

De praktijk laat zien dat die individuele rechtsbescherming slechts een beperkte invul- ling heeft gekregen, hetgeen doet vermoeden dat de Inspectie er niet in lijkt te slagen een modus te vinden om die uiteenlopende taken met elkaar te verenigen. Wellicht pas- sen de bopz-taken ook minder bij de structuur en cultuur die de Inspectie heeft.

8.4.4 Toepasbaarheid

Tijdens de bespreking van de taken van de Inspectie op grond van de Wet bopz is reeds gewezen op een aantal inconsistenties. Hieronder worden nog enkele over het voetlicht gebracht.

In de eerste plaats zijn de taken van de Inspectie naar aanleiding van een melding van dwangbehandeling en die in geval van toepassing van middelen en maatregelen in een noodsituatie niet helder.

In geval van noodsituaties is er geen meldingsplicht voor het einde van een toepassing. Een reden voor het ontbreken van de meldingsplicht zou kunnen zijn dat de toepassing

niet langer mag duren dan zeven dagen. Er is nu echter geen instrument dat bijdraagt aan signalering wanneer die termijn overschreden wordt.

De Inspectie heeft bij noodsituaties ook geen onderzoeksplicht met betrekking tot de wijze waarop de vrijheidsbeperking heeft plaatsgevonden. Voor het ontbreken hiervan is in het geheel geen ratio.

Voor toepassing van middelen en maatregelen in noodsituaties bestaat de verplichting om een centraal register aan te leggen en die één keer per maand aan de Inspectie te overleggen. Voor dwangbehandeling is die plicht er niet. Ook voor dit verschil ontbreekt een reden.

In de tweede plaats gelden een aantal verplichtingen niet voor psychogeriatrische patiënten die onvrijwillig opgenomen zijn in een verpleeginrichting. De Inspectie hoeft niet op de hoogte te worden gesteld van patiënten die met een art. 60-indicatie worden opgenomen. Er hoeft geen melding te worden gedaan van een verlof van psychogeriatrische patiënten. Ook de ongeoorloofde afwezigheid van een persoon die op basis van art. 60 is opgenomen hoeft niet te worden gemeld. Tot slot hoeft de geneesheer-directeur geen nadere uitleg te geven ten aanzien van personen die zonder bopz-status in een verpleeginrichting verblijven en die geen bereidheid tonen met betrekking tot dat verblijf, maar daar evenmin verzet tegen uiten. Voor al deze inconsistenties in de wet valt in de parlementaire geschiedenis geen nadere verklaring te vinden. Ze hebben echter wel tot gevolg dat de rechten van psychogeriatrische patiënten in vergelijking tot patiënten die met een machtiging in een psychiatrisch ziekenhuis in enge zin worden opgenomen, minder worden beschermd.

Een laatste punt dat aandacht verdient, is het feit dat de Inspectie door de algemene formulering van art. 63 lid 1 bopz tevens een taak heeft ten aanzien van psychogeriatrische patiënten op plaatsen zonder bopz-aanmerking. Er staan de Inspectie echter niet of nauwelijks instrumenten ter beschikking om dit toezicht daadwerkelijk vorm te geven. Alle signalen die zij op grond van de Wet bopz door allerlei meldingsplichten kan krijgen voor onvrijwillig opgenomen patiënten ontbreken hier immers.

De Kwaliteitswet zorginstellingen zou dit probleem eventueel kunnen ondervangen. De formuleringen in deze wet zijn echter dermate algemeen dat het de Inspectie niet of nauwelijks een instrument in handen geeft om daadkrachtig toezicht te houden op toepassingen van vrijheidsbeperking. Bovendien zijn de hierin opgenomen instrumenten – zoals het kwaliteitssysteem, het kwaliteitsjaarverslag en de aanwijzing en het bevel – bedoeld voor toezicht op afstand en ongeschikt voor het beschermen van de rechten van individuele patiënten. Hetzelfde geldt voor art. 40 big.

8.4.5 Uitvoerbaarheid

Het onderzoek laat zien dat de Inspectie nauwelijks een bijdrage levert in het toezicht op individuele gevallen waarin vrijheidsbeperkingen worden toegepast. Met betrekking tot situaties waarin de Wet bopz van toepassing is werd hiervoor al verschillende malen als oorzaak voor het probleem aangevoerd dat deze taak niet past bij de koers die de Inspectie overigens moet volgen bij de kwaliteitsbewaking.

Een andere mogelijke oorzaak is het feit dat de Inspectie op basis van de Wet bopz geen sancties ter beschikking staan om zelf handhavend op te treden, wanneer zij schendingen waarneemt. Zij kan slechts zelfstandig optreden op basis van de Kwaliteitswet zorginstellingen. De instrumenten die dan ter beschikking staan, de aanwijzing en het bevel zijn rigoreus en daarom niet echt geschikt voor bescherming van de rechtspositie van een individuele patiënt. Daarbuiten moet de Inspectie de Ovj inschakelen die een vervolging kan instellen op grond van enkele strafbepalingen die in de Wet bopz zijn opgenomen. Een andere mogelijkheid is het indienen van een tuchtklacht op basis van de

Wet big. Voor zowel strafrechtelijke als tuchtrechtelijke procedures geldt echter dat zij tijdrovend zijn en belastend voor betrokkenen. Bovendien bieden zij een onzekere uitkomst.

De specifieke taak die aan de Inspectie op grond van art. 63 bopz is meegegeven is niet duidelijk. In ieder geval is er in de praktijk weinig concrete invulling aan gegeven. Op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is merken zorgaanbieders weinig van de Inspectie als het gaat om vrijheidsbeperkende interventies. In sommige gevallen wordt, als er al contact over is, door de Inspectie gesteld dat vrijheidsbeperking op deze plaatsen niet is toegestaan. In andere wordt bij meldingen van vrijheidsbeperkende interventies door zorgaanbieders aangegeven dat de Inspectie niet overspoeld wil worden met meldingen van situaties waarvoor geen meldingsplicht bestaat. Bij verzorgingshuizen die sinds 1999 onder de Wet bopz kunnen vallen, kunnen dergelijke meldingen voor de Inspectie wel een reden zijn om de instelling aan te sporen een bopz-aanmerking aan te vragen.

8.4.6 Handhaafbaarheid

In hoofdstuk 4 is besproken dat een essentieel onderdeel van wettelijke regelingen de handhaafbaarheid ervan is. Met het toezicht op de rechtsbescherming en kwaliteit van zorg bij toepassing van vrijheidsbeperking levert de Inspectie een bijdrage aan die handhaafbaarheid. Wanneer het toezicht goed functioneert, kan het recht gehandhaafd worden in die situaties waarin vrijheidsbeperking niet volgens de wet wordt toegepast. Om het recht te kunnen handhaven heeft de Inspectie echter wel deugdelijke instrumenten nodig. Hiervoor werd al aangegeven dat die instrumenten ontbreken.

De Wet bopz wordt dikwijls een bestuursrechtelijke wet genoemd. Desondanks geschiedt een onvrijwillige opneming via een civielrechtelijke procedure, of wordt daar althans in bekrachtigd. Slechts de opneming via een bopz-indicatie is volledig bestuursrechtelijk. Tijdens de opneming worden besluiten genomen die gekenschetst zouden kunnen worden als bestuursrechtelijke besluiten. De Awb is echter voor delen van de Wet bopz niet van toepassing verklaard en wordt bij de komende wetwijziging volledig uitgesloten. Voor de handhaving kent de Wet bopz in de eerste plaats het klachtrecht, maar zijn er daarnaast ook een aantal strafbepalingen.

De vraag rijst in hoeverre het strafrecht in deze een juiste keuze is als handhavingsinstrument. In de parlementaire geschiedenis is deze keuze niet echt onderbouwd. Wanneer sprake is van vrijheidsbeneming zonder wettelijke grondslag, is het strafrecht nog enigszins te billijken. In de overige gevallen had echter een bestuursrechtelijke sanctie, opgelegd door de Inspectie, veel meer voor de hand gelegen. Het strafrecht is omslachtig, omdat het OM altijd betrokken dient te worden. Daarnaast is het strafrecht doorgaans een te zwaar middel. Bovendien is voor nogal wat bepalingen de bewijsvoering ervan lastig. Een voorbeeld is de overtreding van art. 63 lid 3: aangetoond moet worden dat het bestuur van een ziekenhuis niet alle verlangde inlichtingen heeft gegeven voor zover dit redelijkerwijs voor de invulling van de taak die de Inspectie is opgelegd nodig is.

Een tweede punt van kritiek bij de strafbepalingen is dat ze niet consistent zijn. Ze blijven uitsluitend beperkt tot psychiatrische ziekenhuizen in ruime zin en tot algemene ziekenhuizen. Voor overige plaatsen moet dan blijkbaar teruggevallen worden op het algemene strafrecht. Dit kan alleen voor vrijheidsbeneming enige soelaas bieden, maar niet voor verplichtingen die op basis van de Wet bopz jegens de Inspectie moeten worden nagekomen (art. 70). Ondanks het feit dat de Inspectie een taak heeft ter bewaking van patiënten met een geestelijke stoornis buiten de muren van het psychiatrische zie-

kenhuis, zijn er dus nauwelijks sanctiemogelijkheden. Uitsluitend wanneer sprake is van een structureel probleem kan de Inspectie gebruik maken van de Kwaliteitswet zorginstellingen, maar in de overige gevallen staat zij met lege handen.

Van de strafbepalingen uit de Wet bopz is bij mijn weten nog nooit gebruik gemaakt, terwijl onderzoek laat zien dat de genoemde 'misdrijven' en overtredingen van de wet wel degelijk plaatsvinden. Dit duidt erop dat het strafrecht in deze materie wellicht geen passend sanctie-instrumentarium is.

Naast de bepalingen uit de Wet bopz staan de Inspectie en de Minister de handhavings-instrumenten uit de Kwz ter beschikking. Hiervan wordt zeer terughoudend gebruik gemaakt. Er zijn evenmin gevallen bekend dat met betrekking tot vrijheidsbeperkingen een aanwijzing of bevel is gegeven. Dit is waarschijnlijk meer het gevolg van het feit dat onvoldoende signalen worden verkregen, dan dat de instrumenten onvoldoende zouden zijn.

8.5 Conclusie

De bijdrage van de Inspectie aan de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperking is beperkt, zeker als het gaat om individueel toezicht. Voor een deel is dit te wijten aan inconsistenties in de wetgeving die taken aan de Inspectie heeft toebedeeld. Voor het overige is dit het gevolg van de wijze waarop de Inspectie uitvoering geeft aan het toezicht. Ook hier valt de Inspectie zelf slechts gedeeltelijk een verwijt te maken. De taken die haar zijn toebedeeld op het terrein van de individuele rechtsbescherming, passen niet bij de taakomschrijving die zij van oudsher heeft. Verder heeft zij niet de menskracht en ook niet de instrumenten om die individuele rechtsbescherming te bieden.

Bij het toezicht op de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten op plaatsen waarvoor geen bopz-aanmerking geldt, is de reikwijdte van de opdracht die de Inspectie heeft gekregen niet duidelijk. Ook ontbreken hier instrumenten om het beleid kracht bij te zetten. Teruggegrepen moet worden naar de Kwaliteitswet zorginstellingen die ingeval van bescherming van rechten van patiënten bij vrijheidsbeperking echter te weinig verfijnd is.

Heroriëntatie zou daarom plaats moeten vinden op de wijze waarop het individuele toezicht bij toepassing van vrijheidsbeperking op psychogeriatrische patiënten vorm dient te krijgen. In hoofdstuk 10 wordt dit nader uitgewerkt.

9. KLACHTRECHT

Charles Bardie Meijers is overgekomen uit Canada om zijn moeder te bezoeken. Van zijn zuster Gerarda die namens de familie de belangen van hun moeder behartigt heeft hij vernomen dat het niet goed met haar gaat. Sinds zij in het verpleeghuis is opgenomen gaat zij zienderogen achteruit. Charles treft zijn moeder zwaar versuft door medicatie aan. Bovendien merkt hij op dat ze in haar rolstoel gefixeerd is door middel van Zweedse banden. Op zijn vraag waarom zij is vastgebonden, antwoordt Gerarda dat de verpleging heeft gezegd dat zij anders uit de stoel valt. Als Charles hoort dat Gerarda niet eens om toestemming is gevraagd voor deze in zijn ogen mensonterende maatregel, reageert hij furieus. Hij roept dat dit in Canada nooit zou gebeuren, en vindt dat er stappen moeten worden ondernomen. Gerarda reageert hierop enigszins angstig dat hun moeder wel afhankelijk is van deze mensen, maar Charles laat zich hierdoor niet weerhouden en dient zonder zijn zuster daar nog in te kennen een klacht in.¹

9.1 Inleiding

Om rechten te kunnen beschermen is het noodzakelijk dat er instrumenten zijn, waar een beroep op worden gedaan als er rechten geschonden zijn. Aldus kan er correctie plaatsvinden. In de zorg gelden naast algemene instrumenten² ook enkele specifieke procedures waarop een beroep kan worden gedaan, te weten het tuchtrecht en het klachtrecht. Dit hoofdstuk gaat nader in op de laatste voorziening, omdat deze een directe relatie heeft met de bescherming van rechten bij toepassing van vrijheidsbeperking.

In de gezondheidszorg bestaan twee klachtenprocedures, te weten een algemene op basis van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz) en een bijzondere op de voet van art. 41-42 Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (bopz). De klachtenprocedure uit de Wet bopz kan worden ingezet bij enkele nauw omschreven klachtgronden. Deze hebben betrekking op de interne rechtspositie van onvrijwillig opgenomen patiënten. Wanneer de klachtenprocedure van de Wet bopz niet geldt, kan een patiënt gebruik maken van de algemene klachtenregeling van de Wkcz. Dit is het geval wanneer de klacht geen betrekking heeft op één van de in art. 41 genoemde gronden³, als een patiënt vrijwillig opgenomen is, of als de klacht is gericht tegen een zorgaanbieder die niet onder de Wet bopz valt.

Verskillende onderzoeken hebben de afgelopen jaren laten zien dat van het klachtrecht in de psychogeriatric zeer weinig gebruik wordt gemaakt.⁴ In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de oorzaken daarvan en wordt tevens aandacht besteed aan de implicaties voor de rechtsbescherming van psychogeriatric patiënten. Verder is onderzocht in hoeverre alternatieven en aanvullingen op de huidige procedures een bijdrage kunnen leveren

¹ Dit is een fictieve casus.

² Zie over dit onderwerp Arends, L.A.P. en F.C.B. Wijmen, van, 2000.

³ Handelingen Tweede Kamer, 28 999. nr. 3, Vergaderjaar 2002-2003, p. 2.

⁴ Teijssen, H.A.R.M.T., P.M. Klaver, de, L.A.P. Arends en J. Legemaate, 1996, Arends, L.A.P., 1998, Legemaate, J., L.A.P. Arends en A. Riet, van 't, 2002

aan de verbetering van de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten. Daarbij wordt met name stilgestaan bij een mogelijke introductie van een patiëntenvertrouwenspersoon voor de psychogeriatric.

Allereerst volgt een behandeling van de wettelijke kaders. Daarna wordt de praktijk van het klachtrecht beschreven. De vraag naar de wenselijkheid van een patiëntenvertrouwenspersoon komt aan de orde in de paragraaf 9.4. Omdat het niet functioneren van het klachtrecht in de psychogeriatric al genoegzaam bekend is, vindt in dit hoofdstuk geen uitgebreide evaluatie plaats. Het hoofdstuk eindigt met een conclusie waarin de belangrijkste uitkomsten zijn opgenomen.

9.2 Juridische kaders klachtrecht

9.2.1 Inleiding

In de literatuur zijn verschillende criteria geformuleerd die moeten waarborgen dat een klachtenregeling bijdraagt aan een optimale rechtsbescherming van patiënten.⁵ De belangrijkste zijn:

- De procedure moet laagdrempelig en in voldoende mate beschikbaar en bereikbaar zijn.
- Zij dient bekend te zijn bij alle betrokkenen.
- Een klacht mag niet langer voortbestaan dan nodig is.
- Er gelden enkele specifieke eisen voor de klachtenbehandelaar, zoals deskundigheid, voldoende onafhankelijkheid, waarborgen voor een vrije en zelfstandige beoordeling, mogelijkheden om de juiste toedracht te achterhalen, mogelijkheden de klacht op te lossen dan wel een uitspraak te doen of de klacht gegrond is.
- Er dienen procedurele waarborgen te zijn, zoals hoor en wederhoor, recht op bijstand, respectering van de privacy voor betrokkenen.
- In de regeling behoren voorzieningen te zijn getroffen voor handhaving en sanctiëring.

Volgens Kastelein gelden sommige eisen absoluut (bijvoorbeeld kenbaarheid, en toegankelijkheid), maar moeten andere meer relatief worden beschouwd. Sanctiëringsmogelijkheden worden bijvoorbeeld volgens haar belangrijker naarmate de functie van de klachtopvang 'juridischer' of 'rechterlijker' is.⁶

In 1989 bepleit de NRV een sluitend stelsel van onafhankelijke en onpartijdige klachtopvang voor patiënten in de gezondheidszorg. Onder klachtopvang wordt verstaan het geheel aan procedures dat erop is gericht klachten op te lossen of naar een oplossing te brengen. Klachtenbehandeling vormt hier een onderdeel van.⁷ Hoewel de NRV adviseert een integrale regeling van klachtopvang in de wet op te nemen,⁸ wordt dit advies door de wetgever niet overgenomen omdat dit niet strookt met de na te streven eigen verantwoordelijkheid van zorgaanbieders.⁹ Zowel de Wkcz als de Wet bopz bevatten

⁵ Zie bijvoorbeeld Kastelein, W.R., 1994; NRV, 1989.

⁶ Kastelein, W.R., 1994.

⁷ NRV, 1989.

⁸ NRV, 1991.

⁹ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 3, Vergaderjaar 1992-1993, p. 26.

dan ook uitsluitend een regeling voor klachtenbehandeling.¹⁰ Hieronder volgt een overzicht van beide wettelijke klachtregelingen.

9.2.2 Klachtrecht art. 41 bopz

Art. 41 bopz bevat een klachtenprocedure voor mensen die onvrijwillig opgenomen zijn in een psychiatrisch ziekenhuis, verpleeginrichting of instelling voor verstandelijk gehandicaptenzorg. Luidde de onderbouwing voor een klachtenregeling in het eerste voorstel voor de Wet bopz nog slechts dat de patiënt en diens naasten 'zich niet zonder meer neer hoeven te leggen bij beperkingen'¹¹, in de recente voorstellen om de bopz-klachtenprocedure te wijzigen is de doelstelling ervan meer expliciet verwoord:

‘Zoals ook in de memorie van toelichting is aangegeven, strekt de klachtregeling ertoe om de interne rechtspositie van de patiënt te versterken in die gevallen waarin jegens hem beslissingen worden genomen die betrekking hebben op zijn fundamentele rechten. De behandelaar heeft immers krachtens de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (hierna: Wet bopz) de bevoegdheid om beslissingen te nemen die diep ingrijpen in de vrijheid van de patiënt. De centrale doelstelling van de klachtregeling is daarom daarin gelegen dat dergelijke beslissingen ter bescherming van de patiënt via een laagdrempelige voorziening kunnen worden getoetst.’¹²

Vrijwillig opgenomen patiënten zijn nadrukkelijk van de regeling uitgesloten.¹³ Een klacht kan worden ingediend door de patiënt zelf, door elke andere in het ziekenhuis verblijvende patiënt en door een vertegenwoordiger. De rol van vertegenwoordiger kan worden vervuld door de echtgenoot, de ouders met ouderlijk gezag, elke andere meerderjarige bloedverwant in de rechte lijn en in de zijlijn tot en met de tweede graad, of de wettelijke vertegenwoordiger (voogd, curator of mentor).¹⁴ Nadere regels zijn ge-

¹⁰ In tegenstelling tot voor de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg bevat de Wet bopz wel een voorziening voor de klachttopvang in psychiatrische ziekenhuizen, en wel de patiëntenvertrouwenspersoon. Deze wordt later in dit hoofdstuk nader behandeld.

¹¹ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1970-1971, p. 16.

¹² Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 2003-2004, p. 1-2.

¹³ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1990-1991, p. 12. Omdat ten tijde van de behandeling van de bopz-novelle nog geen algemene klachtenregeling bestond, werd bij amendement een tijdelijke voorziening voor vrijwillig opgenomen patiënten getroffen, waarin alle opgenomen patiënten konden klagen over jegens hem genomen besluiten en over gedragingen van in het ziekenhuis werkzame personen (art. 76 oud). Art. 41 lid 2 tot en met 6 (oud) waren van overeenkomstige toepassing. Zie Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 21. Amendement Kohnstamm, Vergaderjaar 1991-1992. In tegenstelling tot art. 41 hoefde de art. 76-klacht niet schriftelijk te worden ingediend. De kring van klagers was echter beperkt tot de patiënt. Opvallend was dat de regeling net als bij art. 41-klachten een schorsingsbevoegdheid toekende aan het bestuur en dat de uitspraaktermijn eveneens 2 weken was. De bepaling is vervallen na invoering van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector. Zie ook Teijssen, H.A.R.M.T., P.M. Klaver, de, L.A.P. Arends en J. Legemaate, 1996, p. 43-44, Legemaate, J., R. Teijssen, P.M. Klaver, de en L.A.P. Arends, 1997. In het laatste artikel wordt ingegaan op het feit dat de rechtspositie van vrijwillig opgenomen patiënten minder sterk is geworden.

¹⁴ Lucieer (1994, p. 1601) toonde zich kort na invoering van de Wet bopz nog bevreesd dat klachten van medepatiënten tot lastige situaties aanleiding zouden geven, bijvoorbeeld als zij klagen tegen de wil van de patiënt of vanuit eigen psychopathologie. Daar is tijdens de bopz-evaluaties echter niets van gebleken. Klachten van medepatiënten komen zelden of nooit voor. Ook Westenberg, F., 1995, p. 12 en 15, wijst op het probleem dat andere klagers dan de patiënt zelf tegen de wil van die patiënt een klacht kunnen indienen tegen een

steld in het bijbehorende Besluit klachtenbehandeling bopz.¹⁵ Dit Besluit legt psychiatrische ziekenhuizen op om een klachtenregeling te treffen voor klachten die gebaseerd zijn op art. 41 bopz.

Er zijn vijf klachtgronden. Er kan worden geklaagd tegen de beslissing van de behandelend arts om een patiënt wilsonbekwaam te verklaren, tegen dwangbehandeling, tegen de toepassing van middelen en maatregelen, tegen het niet toepassen van een overeengekomen behandelingsplan en tot slot tegen de vier in art. 40 bopz opgesomde vrijheidsbeperkende maatregelen. Het gaat hier om het controleren van poststukken, het beperken van het recht op het ontvangen van bezoek, het beperken van de bewegingsvrijheid en beperking van vrij telefoonverkeer.

Aanvankelijk werd voorgesteld om het bestuur van de instelling op een klacht te laten beslissen. Na bezwaren vanuit de Tweede Kamer introduceerde het kabinet de mogelijkheid dat het bestuur de klachtenbehandeling kon overlaten aan een klachtencommissie.¹⁶ Bij de invoering van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector werd het psychiatrisch ziekenhuis verplicht om art. 41-klachten door een klachtencommissie¹⁷ te laten behandelen. Sinds 1 februari 2002 heeft het bestuur zelfs helemaal geen rol meer in de klachtenbehandeling en doet de bopz-klachtencommissie zelfstandig een uitspraak over de klacht. Daarmee is een eind gekomen aan de vele kritiek die de rol van het bestuur in de klachtenafhandeling met zich meebracht. Twee bezwaren voerden in de discussie de overhand. Allereerst betrof dit de onduidelijkheid van het begrip 'bestuur'. Verwarring bestond wie met het begrip werden aangeduid, de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht. Het tweede bezwaar richtte zich op de positie van het bestuur in de klachtenbehandeling. Daardoor was de onafhankelijkheid van de behandeling, in strijd met hetgeen door de wet beoogd was, niet gewaarborgd.¹⁸

De samenstelling van de commissie wordt geregeld door het Besluit klachtenbehandeling bopz. Art. 4 bepaalt dat de commissie dient te bestaan uit tenminste drie leden, waaronder een jurist en een psychiater. Voor verpleeginrichtingen is in plaats van een psychiater een verpleeghuisarts voorgeschreven.¹⁹ De voorzitter van de commissie mag sinds de laatste wijziging van 1 februari 2002 niet werkzaam zijn voor of bij het psychiatrische ziekenhuis.²⁰ Art. 3 geeft over de samenstelling aan dat die zodanig dient te zijn

maatregel. Hij pleit er zelfs voor dat de klachtenbeoordelaar zich er van vergewist dat de patiënt buiten staat of onbekwaam is om zelf te klagen.

¹⁵ Besluit klachtenbehandeling bopz, 1993.

¹⁶ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 17, Vergaderjaar 1980-1981, p. 73.

¹⁷ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 15, Vergaderjaar 1994-1995, p. 1-3.

¹⁸ Zie onder andere Klippe, C.J., van de, 1994, p. 680-682.

¹⁹ Een verpleeghuisarts dient zitting te hebben in bopz-aangemerkte (afdelingen van) verpleeg- en verzorgingshuizen. In psychiatrische ziekenhuizen in enge zin dient een psychiater zitting te hebben en in een instelling voor verstandelijk gehandicaptenzorg een orthopedagoog.

²⁰ Met deze wijziging werd een gelijkschakeling met de Wkcz beoogd die reeds de verplichting kende dat de voorzitter onafhankelijk is. Zie Nota van toelichting bij wijziging Besluit klachtenbehandeling bopz en Besluit administratieve bepalingen bopz, 2001. Bij de introductie van de bopz-klachtenregeling vond men een onafhankelijke voorzitter nog niet nodig, omdat de wet het ook mogelijk maakte dat het bestuur zelf zonder commissie op klachten besliste. In dit licht vond men het dan te ver gaan dat de voorzitter of zelfs de hele commissie onafhankelijk van de instelling moest zijn. Zie Nota van toelichting bij Besluit klachtenbehandeling bopz, 1993, p. 2.

dat een deskundige en zorgvuldige beslissing op de klacht te allen tijde is gewaarborgd. Met deskundigheid wordt niet alleen bedoeld dat iemand beroepsmatig deskundig is, maar ook dat de commissie leden heeft die in staat zijn zich in te leven in de positie van de patiënt. In dit verband geeft de nota van toelichting aan dat in de psychogeriatric bij voorbeeld gedacht kan worden aan leden die benoemd zijn door de familieraad.²¹ De wet sluit niet uit dat een aantal ziekenhuizen samen een klachtencommissie oprichten, zo wordt nadrukkelijk gesteld in de nota van toelichting bij het Besluit klachtenbehandeling bopz. Zeker wanneer het vinden van capabele leden problemen oplevert, wordt dit een goede optie geacht.²²

Aan de behandeling van een klacht mag niet worden deelgenomen door een persoon tegen wiens beslissing of besluit de klacht is gericht. Bij het behandelen van de klacht moeten beide partijen in staat worden gesteld te worden gehoord (art. 2 lid 1).

Art. 41 bopz bevat in lid 5 één uitsluitingsgrond: een klacht kan buiten behandeling worden gelaten indien een gelijke klacht nog in behandeling is. In alle andere gevallen moet een uitspraak volgen. Aanvankelijk bevatte het voorstel de mogelijkheid een klacht eveneens buiten beschouwing te laten indien een eerdere gelijke klacht reeds afgewezen was. Later meenden de opstellers van de wet echter dat dan toch in ieder geval getoetst moest worden of de omstandigheden gewijzigd waren, hetgeen betekent dat een behandeling moet plaatsvinden.²³

Hoewel de wet niet verplicht om klachten eerst in de lijn op te lossen merkt het kabinet in de toelichting bij de tweede nota van wijzigingen op:

'De normale gang van zaken, waarbij met name mondeling klachten naar voren worden gebracht bij verplegend personeel, de behandelaars of de directie wordt hierdoor onverlet gelaten. Met name voor kleinere grieven zal de procedure van art. 40 [thans art. 41- LA] wel erg zwaar zijn. Leiden mondelinge klachten evenwel tot niets en is de aangelegenheid voor de betrokkene belangrijk genoeg om uiteindelijk het rechterlijk oordeel te willen uitlokken, dan kan art. 40 uitkomst bieden. De inschakeling van de inspecteur in de procedure naar de rechter biedt overigens de mogelijkheid dat door zijn bemiddeling – zoals dit ook thans geschiedt – de kwestie waarop de klacht betrekking heeft reeds wordt opgelost zonder dat de rechter zich erover heeft hoeven uitspreken.'²⁴

Een klacht moet schriftelijk worden ingediend. Volgens het kabinet is de eis dat schriftelijk bezwaar moet worden gemaakt, opgenomen in het belang van een goed verloop van de procedure.²⁵

In de loop van de behandeling wordt aan de procedure toegevoegd dat het bestuur de uitvoering van de behandeling waartegen de klacht is gericht kan schorsen. Aanvankelijk vond men schorsing geen goede zaak, omdat het effect van noodzakelijk geachte maatregelen dan in veel gevallen ten onrechte zou worden vertraagd.²⁶ Ook werd gevreesd dat belangen van derden daardoor in het geding kwamen.²⁷ Na druk vanuit de Tweede Kamer ging het kabinet toch overstag. Aangegeven werd dat tegen een schorsingsbevoegdheid geen doorslaggevend bezwaar kon bestaan, omdat het bestuur ook

²¹ Nota van toelichting bij Besluit klachtenbehandeling bopz, 1993, p. 2-3.

²² Nota van toelichting bij Besluit klachtenbehandeling bopz, 1993, p. 1.

²³ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1978-1979, p. 49.

²⁴ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1979-1980, p. 40.

²⁵ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1978-1979, p. 49.

²⁶ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1970-1971, p. 16.

²⁷ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 17, Vergaderjaar 1980-1981, p. 74.

het zwaardere middel van vernietiging van de beslissing zou kunnen hanteren. Wel ging men ervan uit dat het bestuur een omzichtig gebruik van de bevoegdheid zou maken en niet tot schorsing over zou gaan zonder overleg met de deskundigen die in het ziekenhuis aanwezig zijn. Daarnaast werd het voornemen geuit in het Besluit klachtenbehandeling nadere regels te stellen met betrekking tot de schorsingsbevoegdheid.²⁸ Dit laatste is echter nooit meer gebeurd. Dute laat in een uitgebreide beschouwing zien dat het ontbreken van nadere regels leidt tot tal van onduidelijkheden.²⁹ Zo bevat de wet geen maatstaf om te bepalen of al dan niet tot schorsing moet worden overgegaan, is onduidelijk of de schorsingsbevoegdheid gedelegeerd kan worden en ontbreken aanknopingspunten welke procedure bij de schorsingsbeoordeling moet worden gevolgd. Ook is niet helder wat de status van een schorsing is, als een klacht tegen de geschorste beslissing wordt ingetrokken. Dute pleit voor een nadere invulling van de schorsingsprocedure die echter wel flexibel is, zodat ruimte blijft voor de commissie om zoveel mogelijk toegesneden op de omstandigheden van het geval te kunnen handelen.

Sinds 2002 is er een onderscheid tussen spoedeisende en niet-spoedeisende klachten voor wat betreft de periode waarbinnen de klachtencommissie met een uitspraak moet komen. Indien de maatregel nog van kracht is dient de commissie binnen twee weken uitspraak te doen. Wordt de maatregel niet meer toegepast dan bedraagt de termijn vier weken. Dit onderscheid is gemaakt, omdat bij de eerste bopz-evaluatie gebleken is dat veel klachtencommissies de uitspraaktermijn niet haalden.³⁰

Van de uitspraak moet mededeling worden gedaan aan de klager, aan de betrokken patiënt, de behandelende persoon, de geneesheer-directeur (ofwel de arts die belast is met de zorg voor de algemene gang van zaken op geneeskundig gebied) en de Inspecteur.

Zoals gezegd had het bestuur tot voor kort een rol in de klachtafhandeling. Deze diende binnen twee dagen na een uitspraak van de klachtencommissie op de klacht te reageren. De uitspraak van het bestuur op een klacht was bindend voor betrokkenen. In de nadere memorie van antwoord werd opgemerkt dat ingeval van verschil van inzicht tussen geneesheer-directeur en behandelend arts enerzijds en het bestuur anderzijds, het bestuur zonodig zou moeten voorzien in de uitvoering van zijn beslissing.³¹ Sinds de rol van het bestuur uit de klachtenprocedure is verdwenen, is ook de uitspraak van de klachtencommissie in beginsel bindend. Toch gaf het kabinet na vragen vanuit de vaste kamercommissie tijdens de behandeling aan, dat een behandelaar in uitzonderlijke gevallen de klacht toch naast zich neer zou kunnen leggen. Daartoe zou hij daar dan wel zeer zwaarwegende argumenten moeten hebben, omdat hij zich hiervoor ook zal moeten kunnen verantwoorden bij een eventuele tuchtprocedure of een actie uit onrechtmatige daad bij de civiele rechter.³² Mede op advies van de Hoge Raad is daarom in het huidige voorstel, dat in augustus 2003 werd ingediend, de status van het besluit verduidelijkt.³³ Als dit voorstel doorgang vindt, wordt door de uitspraak van de commissie het oorspronkelijke besluit geheel of gedeeltelijk vernietigd, alsmede de rechtsgevolgen daarvan. Bij de uitspraak kan aan de behandelaar bovendien worden opgedragen een nieu-

²⁸ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1983-1984, p. 7.

²⁹ Dute, J.C.J., 2004.

³⁰ Teijssen, H.A.R.M.T., P.M. Klaver, de, L.A.P. Arends en J. Legemaate, 1996, p. 164 Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1998-1999, p. 3.

³¹ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1978-1979, p. 50.

³² Handelingen Eerste Kamer, Vergaderjaar 1999-2000, p. 2.

³³ Ook Legemaate wees er eerder reeds op dat de status van het oordeel verduidelijkt diende te worden. Zie Legemaate, J., 2000, p. 119.

we beslissing te nemen met inachtneming van de beslissing van de klachtencommissie (art. 41 lid 8 en 9 nieuw bopz).³⁴

Hoewel de uitspraak van de klachtencommissie zou kunnen worden beschouwd als een besluit van een bestuursorgaan is de administratiefrechtelijke bezwaar- en beroepsprocedure van de hoofdstukken zes en zeven van de Algemene wet bestuursrecht uitdrukkelijk uitgesloten (zie art. 41 lid 16 bopz).³⁵ De Wet bopz voorziet in een eigen procedure op basis waarvan een klager (dus niet de aangeklaagde of het bestuur van het ziekenhuis of de verpleeginrichting) tegen de uitspraak van de klachtencommissie in beroep kan gaan bij de rechtbank. Hij dient dan een verzoek in bij de Inspecteur om de klacht voor de rechter te brengen. Deze kan het verzoek uitsluitend naast zich neerleggen als hij de klacht kennelijk niet ontvankelijk acht. In andere gevallen móet hij aan het verzoek gehoor geven. Bovendien moet hij dan aan het verzoekschrift zijn eigen zienswijze ten behoeve van de rechter toevoegen. Als de klager niet de patiënt zelf is dient de Inspecteur na te gaan of deze bezwaar heeft tegen het indienen van de klacht. Als dit het geval is, mag de Inspecteur uitsluitend om gewichtige redenen het verzoekschrift bij de rechter indienen.

Los van de procedure via de Inspecteur kan de patiënt indien hij de klager is ook rechtstreeks een verzoekschrift bij de rechter indienen, waarin hij vraagt om een uitspraak op de klacht. Geen van beide wegen die de patiënt-klager kan bewandelen, rechtstreeks of via de Inspecteur, heeft een voorkeur volgens het kabinet; er is geen hiërarchische volgorde.³⁶

De rechter moet binnen vier weken tot een uitspraak komen. De Bock en Dijkers wezen er eerder reeds op dat het een ommissie is dat de wet niet aangeeft welke beslissingen de rechtbank kan nemen en wat de rechtskracht van een uitspraak is.³⁷ Indien de huidige voorstellen voor wetwijziging doorgang vinden, zullen de procedure voor de rechter en ook de status van diens uitspraak nader worden verduidelijkt. Verder krijgt de rechter evenals de klachtencommissie een bevoegdheid tot schorsing van de beslissing waarop de klacht is gericht. Tot slot krijgt de patiënt de mogelijkheid schadevergoeding te vragen als onderdeel van de procedure bij de rechter. Opvallend is dat er geen schadevergoeding voor de patiënt kan worden gevraagd in de situatie dat de patiënt niet zelf de klager is. Ook indien de Inspecteur namens de patiënt op grond van art. 41 of art. 42 een verzoekschrift bij de rechter indient, kan hij geen verzoek tot schadevergoeding doen. Psychogeriatrische patiënten zijn hierdoor in het nadeel, omdat zij zelf in de regel geen procedure voor de rechter zullen voeren. De nieuwe schadevergoedingsvoorziening laat overigens de mogelijkheid om een actie op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) te starten onverlet, al wordt in de memorie van toelichting wel aangegeven

³⁴ Handelingen Tweede Kamer, 28 999. nrs. 1 en 2, Vergaderjaar 2002-2003.

³⁵ Volgens het wetsvoorstel dat thans aanhangig is wordt de Awb zelfs uitgesloten voor de hele Wet bopz. Zie Handelingen Tweede Kamer, 28 999. nrs. 1 en 2, Vergaderjaar 2002-2003 en de memorie van toelichting. De reden hiervoor is dat men het rechtsbeschermingsstelsel van de Wet bopz, die is ingevoerd vóór de Awb beoogt te handhaven. Deze vloeit weer voort uit de krankzinnigenwet en kent rechtsbescherming toe via de burgerlijke rechter. Zie Handelingen Tweede Kamer, 28 999. nr. 3, Vergaderjaar 2002-2003, p. 13. Wanneer klachten via een bestuursrechtelijke procedure zouden worden behandeld zou dit hebben geleid tot een systeembreuk, omdat dan naast de administratieve rechter de burgerlijke rechter bevoegd zou blijven om te oordelen over andere bopz-beslissingen, zoals opnemings. Zie ook Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 2003-2004, p. 4.

³⁶ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 24, Vergaderjaar 1991-1992, p. 9.

³⁷ Bock, R.H., de en W.J.A.M. Dijkers, 1994, p. 114.

dat wanneer van de ene mogelijkheid gebruik is gemaakt de andere niet meer openstaat.³⁸

Sinds de laatste wetswijziging in 2002 is de mogelijkheid geopend om tegen een beslissing van de rechter in cassatie te gaan (zie art 41 lid 14 bopz). Door het kabinet werd het van belang geacht dat de Hoge Raad eenheid kan brengen in de interpretatie van de wettelijke criteria, met name bij toepassingen van dwangbehandeling. De Hoge Raad stemde in met het principe van een cassatiemogelijkheid, maar drong wel aan om van de gelegenheid gebruik te maken de klachtenprocedure nader te bezien. Daarom is besloten de cassatiemogelijkheid later in werking te laten treden.³⁹

De aangeklaagde kan niet in beroep gaan bij de rechter tegen een beslissing van de klachtencommissie. In de voorstellen die thans door de Tweede Kamer worden behandeld heeft het kabinet ondanks verzoeken tot deze wijziging vanuit het veld en de Kamer, herhaaldelijk opgemerkt dat het in een regeling die bedoeld was om de rechtspositie van patiënten te versterken, niet past dat de behandelaar de mogelijkheid krijgt om beroep bij de rechter in te stellen tegen gegrondverklaringen door de klachtencommissie. Ook vindt de regering dat de behandeling van een klacht door een klachtencommissie in de voorfase waarin beide partijen worden gehoord, voldoende waarborgen biedt voor een uitspraak die de beroepsmatige integriteit van de behandelaar niet in gevaar brengt.⁴⁰

De formulering van het nooit in werking getreden art. 41 lid 14 en de identieke formulering in art. 41a lid 9 nieuw is zodanig dat – wellicht onbedoeld – cassatie voor de aangeklaagde op grond van art. 426 Rv niet is uitgesloten.⁴¹ Overigens kan volgens het wetsvoorstel tegen een beslissing van de rechter over schadevergoeding door beide partijen zowel hoger beroep als cassatie worden aangetekend. (zie art. 41b lid 2 nieuw)

Een klager kan zich in de procedure laten bijstaan, maar hij krijgt niet automatisch een advocaat toegevoegd.⁴² Nadat door kamerleden tegen de oorspronkelijke regeling bezwaar werd gemaakt,⁴³ nuanceerde het kabinet diens standpunt en gaf aan dat een toetsing van het toevoegingsverzoek gezien het specifieke karakter van de rechterlijke procedure niet goed door het Bureau voor rechtshulp zou kunnen plaatsvinden. Daarom vond het dat toetsing diende te gebeuren door de rechter. Desondanks wordt aangegeven dat bijstand door een Bureau voor rechtshulp, die vooral in de eerste fase van de indiening en behandeling van een klacht van nut zal kunnen zijn, niet is uitgesloten.⁴⁴ Ook in de vigerende wetgeving kan nog steeds uitsluitend de rechter bij de rechterlijke pro-

³⁸ Handelingen Tweede Kamer, 28 999. nr. 3, Vergaderjaar 2002-2003, p. 11.

³⁹ Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1999-2000, p. 8.

⁴⁰ Handelingen Tweede Kamer, 28 999. nr. 3, Vergaderjaar 2002-2003, p. 4 en Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 2003-2004. In het laatste kamerstuk wordt verwezen naar een opmerking van verschillende partijen dat het niet verlenen van een beroepsmogelijkheid aan de aangeklaagde in strijd zou zijn met art. 6 Evrm ('equality of arms'). Dit wordt door het kabinet bestreden, omdat de behandelaar geen sanctie boven het hoofd hangt.

⁴¹ Art. 41a lid 9 nieuw luidt: 'De rechter beslist binnen vier weken na indiening van het verzoekschrift. Tegen de beslissing van de rechter staat geen hoger beroep open.' In samenhang met art. 426-429 Rv betekent dit dat wel beroep in cassatie mogelijk is. Art. 426 lid 1 Rv stelt beroep in cassatie immers open voor degenen die in een der vorige instanties verschenen zijn binnen drie maanden vanaf de dag van de uitspraak.

⁴² Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1978-1979, p. 50.

⁴³ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 16, Vergaderjaar 1980-1981, p. 30.

⁴⁴ Handelingen Tweede Kamer, 11 270. nr. 17, Vergaderjaar 1980-1981, p. 75.

cedure een advocaat toewijzen als de klager daar niet reeds zelf heeft voorzien (art. 41 lid 12 bopz).

9.2.3 Art. 42-procedure

Art. 42 bopz kent aan de Inspectie de mogelijkheid toe om ten behoeve van patiënten die zelf niet in staat zijn om een klachtprocedure te voeren, een verzoekschrift in te dienen bij de rechter ter verkrijging van een uitspraak over de noodzaak van de behandeling waartegen de patiënt zich verzet. Deze bepaling is in de wet gekomen als reactie van het kabinet op een amendement van Terpstra en Van der Heijden,⁴⁵ waarin zij bij patiënten die door middel van een bopz-indicatie zijn opgenomen uitsluitend dwangbehandeling wilden toestaan indien de rechter daarover een uitspraak had gedaan. Het kabinet achtte het onwenselijk dat hierdoor voor deze groep patiënten ten aanzien van dwangbehandeling een andere regeling zou gelden dan voor andere patiënten en kwam met een tegenvoorstel. Daarbij werd uitgegaan van het feit het merendeel van de bopz-geïndiceerde patiënten zelf niet in staat is om van het klachtrecht gebruik te maken. Volgens de opstellers van het voorstel lag een aanvulling die ertoe strekt een rechterlijk oordeel over de beslissing tot de toepassing van een behandeling waartegen de patiënt zich verzet te vergemakkelijken meer in de rede dan de wijziging die in het amendement werd voorgesteld.⁴⁶

Teneinde de Inspecteur in staat te stellen om de bevoegdheid ex art. 42 bopz uit te oefenen, is in art. 38 lid 6 de verplichting voor de geneesheer-directeur opgenomen om bij een melding van dwangbehandeling tevens te aan te geven of de patiënt in staat kan worden geacht om gebruik te maken van de art. 41 klachtenregeling.

Opmerkelijk is dat de regeling van art. 42 uitsluitend geldt ingeval van dwangbehandeling en niet bij één van de overige klachtgronden van art. 41. Mogelijk heeft dit te maken met het feit dat art. 42 een reactie was op het eerdere voorstel van Terpstra en Van der Heijden.

In het wetsvoorstel tot wijziging van de klachtenregeling, dat thans wordt behandeld, wordt ook art. 42 bopz gewijzigd. De wijzigingen zijn vooral van technische aard en verklaren delen van het nieuwe art. 41a mede van toepassing op de procedure van art. 42. Het betreft artikel 41a, vierde lid, eerste volzin, zesde lid, eerste en tweede volzin, negende tot en met vijftiende lid. De leden 7 en 8 zijn niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit betekent dat de rechter bij een beslissing op een verzoekschrift van de inspectie via art. 42 niet terstond kan beslissen dat hij de klacht kennelijk ongegrond acht. Dit is een merkwaardig onderscheid met de reguliere procedure, aangezien ook hier een verzoekschrift via de Inspecteur kan worden ingebracht en de rechter hierop wel direct ter zitting kan beslissen. Opvallend is verder dat de rechter geen schorsingsbevoegdheid heeft wanneer hem om een oordeel wordt gevraagd op basis van art. 42 bopz. Voor dit onderscheid met de art. 41-procedure wordt geen nadere verklaring gegeven.

9.2.4 Wkcz-procedure

Het op 8 maart 1993 aan de Tweede Kamer voorgelegde Wetsvoorstel Klachtrecht cliënten zorgsector is samen met de Wet medezeggenschap cliënten zorgsector beoogd als opvolger van het Wetsvoorstel Democratisch functioneren zorginstellingen. Ook in dit laatste voorstel was voorzien in een klachtenregeling. Het wetsvoorstel kwam echter niet door de Kamer, niet zozeer vanwege de inhoud ervan als wel vanwege de vorm.

⁴⁵ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 23, Vergaderjaar 1991-1992.

⁴⁶ Handelingen Tweede Kamer, 21 239. nr. 24, Vergaderjaar 1991-1992, p. 4.

Het Kabinet dat zich nadien over het wetsvoorstel boog was eveneens van mening dat het wetsvoorstel heroverwogen moest worden. Met name het feit dat een te grote nadruk werd gelegd op de bestuurssamenstelling, vond men problematisch. Door die nadruk werd onvoldoende recht gedaan aan de verantwoordelijkheid van de instellingen zelf om de medezeggenschap en het klachtrecht op een goede manier vorm te geven. Besloten werd daarom hetgeen het Wetsvoorstel democratisch functioneren beoogde te regelen, op te splitsen in twee nieuwe wetten.⁴⁷

Om verschillende redenen werd noodzakelijk gevonden om tot een wettelijke regeling van het klachtrecht te komen⁴⁸:

- Andere handhavinginstrumenten, zoals het burgerlijk recht, strafrecht en tuchtrecht worden door de waarborgen waar deze mee omkleed zijn, vaak als een te hoge drempel ervaren. De laatste twee regelingen zijn bovendien niet gericht op het wegnemen van 'onlustgevoelens' bij de gelaedeerde.
- Andere pogingen om tot een regeling van klachtrecht te komen, zoals bijvoorbeeld in erkenningseisen van instellingen, hebben maar beperkt het gewenste effect gehad.
- Klachten vormen een belangrijke indicatie in gebreken in de zorgverlening en kunnen daarom een wezenlijke bijdrage leveren in het verbeteren van de kwaliteit van zorg.
- In de gezondheidszorg is geen sprake van een vrije markt waardoor, anders dan bij dienstverlening in andere sectoren, geen natuurlijke mechanismen aanwezig zijn die bevorderen dat de dienstverlening optimaal wordt afgestemd op de wensen en behoeften van de patiënten. Daarom heeft de overheid een verantwoordelijkheid voor het functioneren van zorgaanbieders.
- De patiënt heeft bij onvrede veelal niet de mogelijkheid om te zien naar een andere zorgaanbieder. Wanneer dan niets met die onvrede gebeurt, blijft het probleem voortbestaan.

Gezien de verantwoordelijkheid voor de overheid in deze materie zijn de opstellers van mening dat het treffen van klachtenregelingen niet geheel aan zelfregulering kan worden overgelaten. Wel is het voorstel zodanig ingericht dat zorgaanbieders de klachtenregeling optimaal kunnen afstemmen op de omstandigheden en wensen ter plekke. De Raad van State voegt daar in haar advies aan toe dat de bekendheid van de klachtenbehandelende instantie met het terrein waarop de klacht speelt – doordat de procedure geheel is toegesneden op de plaatselijke situatie – van groot belang is. Daardoor zullen ook aangeklaagden de uitkomst van een klachtenprocedure gemakkelijker aanvaarden.⁴⁹

De centrale doelstelling van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector is het oplossen van problemen met betrekking tot de zorg die aan een patiënt wordt verleend.⁵⁰ Art. 1 Wkcz legt daartoe aan zorgaanbieders de verplichting op om een klachtenreglement te hebben. De wet stelt vooral de randvoorwaarden van de klachtenregeling. Over de keuze om klachten niet te laten behandelen door een overheidsorgaan, wordt door het kabinet opgemerkt:

'Klachten dienen primair aan de bron te worden opgelost en wel omdat daar de meeste mogelijkheden liggen voor bemiddeling en conflictoplossing. Zowel

⁴⁷ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 3, Vergaderjaar 1992-1993, p. 2.

⁴⁸ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 3, Vergaderjaar 1992-1993, p. 2-9.

⁴⁹ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. A, Vergaderjaar 1992-1993, p. 2. Toch zijn beroepsbeoefenaren niet onverdeeld gelukkig met deze ruimte voor het veld. Zo wijst Sanders (1994, p. 772) er op dat dit kan leiden tot rechtsonzekerheid, ook voor instellingen en individuele beroepsbeoefenaren.

⁵⁰ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 7, Vergaderjaar 1994-1995, p. 8.

de klager als degene over wie wordt geklaagd, is erbij gebaat dat klachten op een relatief eenvoudige wijze tot een oplossing worden gebracht. Wanneer een zorgaanbieder in staat is om een passende oplossing te vinden, is het derhalve noch nodig, noch wenselijk dat een overheidsorgaan zich daarmee bemoeit.⁵¹

Zorgaanbieders zijn alle rechtspersonen of natuurlijke personen die een instelling in stand houden of gezamenlijk in stand houden. Een instelling is elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin zorg wordt verleend als omschreven in de Ziekenfondswet of de AWBZ, welzijnswerk of kinderopvang, of verslavingszorg. Ook een gemeentelijke gezondheidsdienst is een instelling in de zin van de Wkcz. Bij het gezamenlijk in stand houden van een instelling kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een aantal zorgaanbieders die in het kader van het verlenen van integrale zorg een samenwerkingsverband zijn aangegaan. Voor dit samenwerkingsverband dient dan een aparte klachtenregeling te zijn getroffen. De omschrijving van het begrip instelling is zó ruim dat voor het samenwerkingsverband dat is aangegaan geen rechtspersoonlijkheid is vereist.

Naast instellingen zijn ook natuurlijke personen die buiten een dienstverband met een instelling maatschappelijke zorg of gezondheidszorg verlenen, zorgaanbieder. Noch voor instellingen, noch voor natuurlijke personen is het relevant hoe zij bekostigd worden. Het gaat er slechts om dat zij zorg verlenen die is omschreven in de Ziekenfondswet of de AWBZ.⁵²

In tegenstelling tot de nauw omschreven gronden van de Wet bopz-klachtenregeling is de klachtgrond in de Wkcz heel ruim. Art. 2 spreekt van een verplichting om een regeling te treffen voor de behandeling van klachten over gedragingen van de zorgaanbieder of voor hem werkzame personen jegens een patiënt. De memorie van toelichting geeft aan dat het wetsvoorstel nauwelijks een beperking bevat van de onderwerpen waarover kan worden geklaagd. Onder gedraging kan zowel worden verstaan enig handelen of nalaten als het nemen van een beslissing met gevolgen voor de klager.⁵³ Ieder gevoel van onvrede over de behandeling of bejegening door de instelling of een van de werknemers kan dus een reden zijn om een klacht in te dienen.⁵⁴ De wet voorziet niet in uitsluitingsgronden. De memorie van toelichting benadrukt ook dat de regeling van de zorgaanbieder geen beperking van de klachtgronden mag bevatten.⁵⁵

In de nota naar aanleiding van het eindverslag wordt opgemerkt dat er klachten van geringere aard denkbaar zijn voor welke de procedure via de klachtencommissie te zwaar zal zijn. Dit kan ertoe leiden dat een commissie onnodig wordt belast, maar ook dat potentiële klagers hun ongenoegen niet uiten omdat de drempel te hoog is. Daarom wordt de aanwezigheid van een klachtenfunctionaris wenselijk geacht, die de klachten eerst opvangt. Men is echter van mening dat een dergelijke functionaris de rechtstreekse benadering van een klachtencommissie door een klager niet in de weg moet staan.⁵⁶ Tot een wettelijke regeling van klachtopvang en klachtenbemiddeling komt het niet, hoewel verschillende Kamerleden in navolging van Van Wijmen van mening zijn dat klachtenbemiddeling de prioriteit verdient boven klachtenbehandeling, omdat bemiddeling meer gericht is op het oplossen van een probleem.⁵⁷

⁵¹ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 7, Vergaderjaar 1994-1995, p. 2.

⁵² Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 8, Vergaderjaar 1994-1995, p. 3.

⁵³ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 3, Vergaderjaar 1992-1993, p. 18-19.

⁵⁴ Gevers, J.K.M., H. Jong, de en J. Matser, 1978.

⁵⁵ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 3, Vergaderjaar 1992-1993, p. 19.

⁵⁶ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 7, Vergaderjaar 1994-1995, p. 4.

⁵⁷ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 4, Vergaderjaar 1993-1994, p. 8.

In het oorspronkelijke voorstel voor de Wkcz is nog niet de verplichting voor zorgaanbieders opgenomen om een klachtencommissie te hebben. Het kabinet acht het niet wenselijk om op voorhand al te zeer in te grijpen in de eigen verantwoordelijkheid van zorgaanbieders voor hun functioneren. Het bieden van waarborgen voor een zorgvuldige behandeling van klachten vindt men voldoende. Zorgaanbieders zijn vrij al dan niet een klachtencommissie op te richten, en indien klagers niet tevreden zijn over de afwikkeling van een klacht, kunnen zij naar de provinciale klachtencommissie.⁵⁸ Na kritiek vanuit de Tweede Kamer wordt echter alsnog besloten om zorgaanbieders te verplichten een klachtencommissie op te richten.

De Wkcz stelt geen zware eisen aan de samenstelling van de klachtencommissie. Net als bij de klachtenprocedure van de Wet bopz dienen er minimaal drie leden te zijn en moet de voorzitter onafhankelijk zijn van de zorgaanbieder. Volgens het kabinet biedt een dergelijke samenstelling voldoende waarborgen voor de objectiviteit van het oordeel over een klacht.⁵⁹ Er zijn geen aanvullende voorwaarden voor wat betreft de deskundigheid of het beroep van de leden.

Het begrip 'klager' wordt door de wet niet nader omschreven, al vermeldt art. 2 lid 4 wel dat door of namens een patiënt kan worden geklaagd. In antwoord op vragen van de VVD geeft het kabinet aan dat met het begrip klager allereerst de patiënt zelf, diens persoonlijke gemachtigde of diens wettelijke vertegenwoordiger worden bedoeld. Ook anderen kunnen daarnaast klagen op grond van de algemene regeling van de zaakwaarneming (art. 6:198 e.v. BW). In dat geval geldt echter dat er een redelijke grond moet zijn. Volgens het kabinet is die niet aanwezig als de patiënt zelf of diens wettelijke vertegenwoordiger klaagt. Het limitatief opsommen van degenen die namens de patiënt kunnen klagen wordt niet opportuun geacht, omdat dit de kring van klagers juist zou beperken, hetgeen niet wenselijk wordt geacht.⁶⁰

Geen van de personen buiten de patiënt zelf heeft een rechtstreeks eigen klachtrecht. Dit wordt niet wenselijk geacht omdat in de wet de patiënt zelf centraal staat en de doelstelling is dat problemen met betrekking tot diens zorg worden opgelost.⁶¹ Aanvankelijk is men daarom van mening dat evenmin klachten moeten kunnen worden ingediend door nabestaanden.⁶² Bij de derde nota van wijziging wordt deze mogelijkheid toch ingevoegd (art. 2 lid 6 Wkcz). Nabestaanden hebben op grond van deze bepaling een zelf-

⁵⁸ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 5, Vergaderjaar 1993-1994, p. 3.

⁵⁹ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 7, Vergaderjaar 1994-1995, p. 3.

⁶⁰ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 7, Vergaderjaar 1994-1995, p. 6.

⁶¹ Zie Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 5, Vergaderjaar 1993-1994, p. 6. Uitgelegd wordt hier dat klagers worden uitgesloten die zelf geen patiënt zijn, maar die klagen over de hun, bijvoorbeeld bij bezoek aan een patiënt, ten deel gevallen bejegening. De tweede categorie die volgens het kabinet wordt uitgesloten is mensen die willen klagen over de behandeling die de patiënt ten deel is gevallen. Hoewel wordt gesteld dat men deze klagers niets in de weg wil leggen, ziet men geen taak weggelegd voor de overheid bij het waarborgen van de positie van derden-klagers, omdat het strikt genomen niet gaat om klachten of ongenoegen van de patiënt zelf. Toch zou men het betreuren als personen die zich als zaakwaarnemer manifesteren, niet onder de wettelijke regeling geboden waarborgen zouden vallen. Het kabinet is van mening dat de formulering van de bepaling 'door of namens een patiënt' dit ook toelaat.

⁶² Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 7, Vergaderjaar 1994-1995, p. 8.

standige bevoegdheid om te klagen.⁶³ Er is geen beperking gesteld aan de personen die dan een klacht kunnen indienen.

De klager en aangeklaagde moeten in de gelegenheid worden gesteld mondeling of schriftelijk een toelichting te geven op de klacht. Beide partijen hebben het recht zich door iemand te laten bijstaan.

In tegenstelling tot de Wet bopz bevat de Wkcz geen waarborg voor een schorsingsbevoegdheid voor de klachtencommissie ten aanzien van de handeling of maatregel waartegen de klacht is gericht.⁶⁴

De klachtencommissie moet schriftelijk uitspraak doen. Bij de uitspraak, waarbij de klacht gegrond of ongegrond wordt verklaard, kan zij aanbevelingen doen. Van de uitspraak, die bovendien ook moet worden gemotiveerd, dient de klachtencommissie de klager, degene over wie is geklaagd en de zorgaanbieder in kennis te stellen.

De wet kent geen termijn waarbinnen de klachtencommissie tot een uitspraak moet komen. Wel bevat deze een verplichting voor zorgaanbieders om in het reglement een termijn vast te leggen. Van deze termijn kan door de klachtencommissie, mits gemotiveerd, worden afgeweken. De zorgaanbieder moet aan de klager en de klachtencommissie binnen een maand na ontvangst van het oordeel van de klachtencommissie schriftelijk meedelen of hij naar aanleiding daarvan maatregelen zal nemen en zo ja welke. De aangeklaagde hoeft niet te worden geïnformeerd. Ook de zorgaanbieder kan van de termijn afwijken, mits hij daarvan met redenen omkleed mededeling doet aan de klager en de klachtencommissie, met vermelding van de termijn waarbinnen hij zijn standpunt kenbaar zal maken.

De reactieplicht voor de zorgaanbieder is aan de wet toegevoegd, omdat alleen een uitspraak over de gegrondheid van de klacht onvoldoende werd geacht.⁶⁵

Tot slot moet de zorgaanbieder ieder jaar een openbaar verslag opstellen waarin in ieder geval het aantal en de aard van de klachten wordt aangegeven. Dit verslag dient vóór 1 april van het daaropvolgende jaar naar de Inspecteur voor Gezondheidszorg te worden gezonden.

De Wkcz-procedure bevat geen beroepsmogelijkheden. In het oorspronkelijke voorstel werd wel voorzien in een provinciale beroepscommissie. Het kabinet was van mening dat de toegevoegde waarde van zo'n commissie vooral bestond uit de volstrekte onafhankelijkheid die deze met zich mee zou brengen.⁶⁶ Bovendien zou zonder een provinciale commissie een adequate mogelijkheid tot het afdwingen van aandacht voor een klacht ontbreken, wanneer de klager van mening zou zijn dat bij de klachtmogelijkheid onder beheer van de zorgaanbieder, niet op een juiste manier met zijn klacht werd omgegaan.⁶⁷ Volgens de Tweede Kamer leidt een provinciale commissie echter tot onnodige bureaucratie en biedt deze geen meerwaarde in vergelijking tot de mogelijkheden van

⁶³ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 16, Vergaderjaar 1994-1995, p. 1.

⁶⁴ Onder meer vanwege het ontbreken van deze waarborg, maar ook omdat de Wkcz geen uitspraaktermijn kent, heeft Legemaate er meermalen voor gepleit om ook voor vrijwillig opgenomen patiënten de art. 41-procedure of een soortgelijke regeling open te stellen. Zie o.a. Legemaate, J., 2000, p. 120.

⁶⁵ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 7, Vergaderjaar 1994-1995, p. 3.

⁶⁶ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 7, Vergaderjaar 1994-1995, p. 9.

⁶⁷ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 3, Vergaderjaar 1992-1993, p. 20.

de Inspectie om in te kunnen grijpen. Daarom wordt een amendement van het kamerlid Middel om de provinciale beroepscommissie uit de wet te schrappen aanvaard.⁶⁸

Omdat een klachtencommissie ook geen zelfstandig bestuursorgaan is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, kan er evenmin administratief bezwaar en beroep worden aangetekend tegen een uitspraak van de klachtencommissie.⁶⁹ Wel kan iedere patiënt of de cliëntenraad van een instelling op grond van art. 3 Wkcz de kantonrechter verzoeken om een zorgaanbieder op te dragen om een klachtenregeling te treffen, dan wel de regeling op passende wijze onder de aandacht van zijn patiënten te brengen, indien de zorgaanbieder één van deze verplichtingen niet heeft nageleefd. Ook kan bij de kantonrechter een verzoekschrift worden ingediend, als de zorgaanbieder anderszins niet heeft voldaan aan één van de in art. 2 gestelde verplichtingen. Alvorens een verzoekschrift in te dienen, moet men de zorgaanbieder echter eerst schriftelijk aanmanen en een redelijke termijn gunnen om alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen. De kantonrechter kan in zijn beschikking aan de zorgaanbieder de verplichting opleggen bepaalde handelingen te verrichten of na te laten.

Naast de hierboven beschreven mogelijkheid voor de patiënt of de cliëntenraad via de kantonrechter af te dwingen dat een zorgaanbieder voldoet aan zijn verplichtingen die voortvloeien uit de Wkcz, stelt het kabinet in zijn memorie van antwoord dat de Inspectie erop behoort toe te zien dat zorgaanbieders hun verplichtingen nakomen. Een sanctiemogelijkheid wil men de Inspectie echter niet geven, omdat een oordeel tot naleving van een regeling volgens de opstellers in de eerste plaats en vooral toekomt aan degenen voor wie die regeling tot stand wordt gebracht. Daarom is het niet aangewezen de overheid hierin een nadrukkelijke rol te geven.⁷⁰ Sinds de inwerkingtreding van de Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz) en de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet big) heeft de Inspectie bestuursrechtelijke instrumenten in handen om naleving van klachtenregelingen af te kunnen dwingen.⁷¹ Toch ontbeert de Inspectie sanctiemogelijkheden ten aanzien van zorgaanbieders die niet onder één van beide wettelijke regelingen vallen.

Van Wijmen wees in 1993 reeds op de omslachtigheid en inconsistentie van de route voor de patiënt of cliëntenraad om naleving van de klachtenregeling te vragen via de kantonrechter. Hij pleit ervoor in de Wkcz in hetzelfde sanctiemechanisme te voorzien als in de Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz).⁷² Tien jaar na zijn pleidooi vindt dit navolging. In de komende wetswijziging wordt de regeling via de kantonrechter, waar overigens zelden of nooit gebruik is gemaakt, afgeschaft en vervangen door toezicht door de Inspectie. Deze heeft dan niet alleen de instrumenten in handen om na te gaan of er een klachtenregeling is, maar ook hoe de regeling functioneert, of de klachtencommissie conform de eisen van de wet is samengesteld en of de klachtenprocedure volgens de eisen van de wet verloopt. Ook de sanctionering is op dezelfde wijze geregeld als in de Kwz.⁷³

⁶⁸ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 22. Amendement Middel, Vergaderjaar 1994-1995, p. 1-2.

⁶⁹ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 22. Amendement Middel, Vergaderjaar 1994-1995, p. 2.

⁷⁰ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 5, Vergaderjaar 1993-1994, p. 18.

⁷¹ Legemaate, J., 2001, p. 356.

⁷² Wijmen, F.C.B., van, 1993, p. 894.

⁷³ Zie artt. 3 tot en met 3b nieuw Wkcz en de bijbehorende memorie van toelichting in: Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 2001-2002, p. 5.

9.2.5 Samenloop bopz- en wkcز-klachtenprocedure

Op plaatsen waar de Wet bopz van toepassing is, dienen er twee klachtenregelingen te zijn. Vanuit de Tweede kamer werd bij de behandeling van de Wkcز voorgesteld om de bopz-klachtenprocedure ook te laten gelden voor vrijwillig opgenomen patiënten. In de praktijk blijkt immers dat beide groepen op dezelfde manier worden behandeld.⁷⁴ In de reactie merkt het kabinet op dat de maatregelen waartegen klachten op basis van art. 41 zich kunnen richten, uitsluitend genomen kunnen worden tegen onvrijwillig opgenomen patiënten. Om die reden vindt men dat art. 41 niet kan worden toegepast op vrijwillig opgenomen patiënten.⁷⁵ Deze zullen derhalve bij klachten over vrijheidsbeperkingen of één van de andere in art. 41 genoemde klachtgronden hun toevlucht moeten nemen tot de Wkcز-procedure.

9.3 Praktijk klachtrecht

9.3.1 Inleiding

Tot op heden wordt in de psychogeriatric sinds de Wet bopz is ingevoerd niet of nauwelijks op basis van art. 41 geklaagd.⁷⁶ Volgens het tweede bopz-evaluatieonderzoek heeft 39,2% van de verpleeghuizen en 42,9% van de verzorgingshuizen zelfs in het geheel nog geen bopz-klachtencommissie.⁷⁷

Uit het onderzoek komt naar voren dat in de psychogeriatric niet alleen weinig bopz-klachten worden ingediend, maar ook dat zorgverleners en instellingen slecht bekend zijn met de bopz-klachtenprocedure.

Tijdens de eerste bopz-evaluatie kon het geringe aantal klachten en de slechte bekendheid nog mede worden toegeschreven aan het feit dat het bopz-klachtrecht nog niet was geïmplementeerd in deze sector.⁷⁸ Na de Wkcز-evaluatie in 1999 en na afronding van de tweede bopz-evaluatie in 2002 kan dit echter niet meer worden volgehouden. Beide onderzoeken laten zien dat er niet alleen geen bopz-klachten worden ingediend, maar ook zeer weinig op basis van de Wkcز wordt geklaagd. Het ontbreken van klachten moet dus andere oorzaken hebben. Het is immers niet waarschijnlijk dat patiënten en hun vertegenwoordigers altijd tevreden zijn over de behandeling. Beide evaluaties van het bopz-klachtrecht laten zien dat zich regelmatig situaties voordoen die zich lenen voor het indienen van een bopz-klacht. Zo blijkt uit de tweede bopz-evaluatie dat in 2000 in de verpleeghuizen die deelnamen aan het onderzoek 15.343 psychogeriatricische patiënten werden geconfronteerd met toepassingen van vrijheidsbeperking die voortvloeiden uit het zorgplan. Daarnaast werden op 8.355 patiënten vrijheidsbeperkingen toegepast

⁷⁴ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 4, Vergaderjaar 1993-1994, p. 28, 23 040. nr. 6, Vergaderjaar 1994-1995, p. 4-5.

⁷⁵ Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 5, Vergaderjaar 1993-1994, p. 43, 23 040. nr. 7, Vergaderjaar 1994-1995, p. 5.

⁷⁶ In de drie opeenvolgende onderzoeken waarin het bopz-klachtrecht (mede) werd onderzocht, te weten de twee bopz-evaluaties en de Wkcز-evaluatie, kwam steevast naar voren dat in het jaar voorafgaand aan het onderzoek hooguit twee á drie bopz-klachten hadden plaatsgehad. De Inspectie kreeg zelfs nog minder meldingen van bopz-klachten. Zie Teijssen, H.A.R.M.T., P.M. Klaver, de, L.A.P. Arends en J. Legemaate, 1996, Arends, L.A.P. en J. Legemaate, 1999, en Casparie, A.F., J. Legemaate, R.A.L. Rijkschroeff, et al., 2001.

⁷⁷ Het aantal verpleeghuizen dat aangeeft geen bopz-klachtencommissie te hebben is hoger dan in vergelijking met de vorige meting, de Wkcز-evaluatie. Dit kan komen doordat in het laatste onderzoek voor de eerste keer een definitie van bopz-klachten is verstrekt.

⁷⁸ Zie ook Arends, L.A.P., 1998.

Hoofdstuk 9

als gevolg van een noodsituatie. Uit aanvullende interviews blijkt bovendien dat er sprake is van – soms zelfs grote – onvrede bij familieleden ten aanzien van vrijheidsbeperkende maatregelen die jegens patiënten worden genomen.

Vrijwillig opgenomen patiënten zijn voor klachten over toepassingen van vrijheidsbeperking aangewezen op de Wkcz-klachtenregeling, omdat de bopz-regeling uitsluitend voor onvrijwillig opgenomen patiënten openstaat. Ook patiënten die zorg ontvangen van zorgaanbieders die niet onder de Wet bopz vallen, dienen gebruik te maken van de klachtenprocedure van de Wkcz. De onderzoeken geven geen aanwijzingen dat door of voor patiënten uit deze categorieën klachten over 'bopz-onderwerpen' bij de Wkcz-klachtencommissie worden ingediend.

De evaluatieonderzoeken van het klachtrecht hebben zich vooral gericht op oorzaken voor het feit dat er niet geklaagd wordt. In deze paragraaf volgt een overzicht. De tweede bopz-evaluatie heeft bovendien aandacht besteed aan mogelijke verbeteringen voor de (bopz-)klachtenprocedures. Ook deze zullen in deze paragraaf worden besproken.

9.3.2 Oorzaken niet-klagen

9.3.2.1 *De persoon van de klager*

Een eerste oorzaak voor niet-klagen is het gegeven dat patiënten door hun geestelijke gesteldheid niet meer in staat zijn om zelf voor hun eigen belangen op te komen. Verzet tegen toepassingen van vrijheidsbeperking of zelfs tegen opnemings wordt veelal door zorgverleners en familieleden niet als zodanig gekwalificeerd, zo werd ook in hoofdstukken 6 en 7 beschreven, laat staan dat men in gedrag van psychogeriatrische patiënten een klacht herkent. Van een vermogen tot het zelfstandig indienen van een schriftelijke klacht is zelden of nooit sprake. Klachten moeten daardoor vooral van vertegenwoordigers van de patiënt komen.

Vertegenwoordigers zijn dikwijls niet aanwezig op momenten waarop klachtwaardige situaties zich voordoen. Uit de onderzoeken komt verder naar voren dat ze zich afhankelijk voelen van de zorgverleners en bang zijn voor represailles jegens hun familielid. Ze willen niet te boek staan als klager; niet 'lastig' zijn. Ze voelen zich schuldig voor het feit dat het thuis niet meer ging, en dat ze de zorg hebben moeten overdragen aan anderen; dat ze in feite tekort geschoten zijn. Verder blijkt dat veel vertegenwoordigers, wanneer het gaat om toepassingen van vrijheidsbeperking, vaak nog verder willen gaan dan zorgverleners om hun familielid te behoeden voor ongelukken. Ook om die reden zullen zij niet snel een klacht indienen.

9.3.2.2 *Beleid en cultuur van de instelling*

Een tweede reden waarom er niet geklaagd wordt is gelegen in het beleid en de cultuur van de instelling. Er bestaat dikwijls een voorkeur bij instellingen om klachten in de lijn op te lossen. Veelal gebeurt dit met de intentie om gevoelens van onvrede of conflicten niet onnodig te laten escaleren. Uit enkele interviews blijkt echter dat potentiële klagers zich dan gedwongen kunnen voelen om eerst binnen de organisatie hun klacht te uiten. Vaak gebeurt dit juist bij degene tegen wie hun klacht zich richt. Bijkomend effect is dan dat gevoelens van afhankelijkheid, van het niet te boek willen staan als klager, of angst in die situaties nog sterker worden dan al het geval is wanneer overwogen wordt om een klacht in te dienen bij de klachtencommissie. Daardoor besluit men helemaal van

stappen af te zien.⁷⁹ Een ander probleem is dat de weg naar klachtencommissies op die manier lang wordt waardoor klagers voor die tijd al afhaken.

9.3.2.3 *Inrichting klachtenprocedure*

Een derde oorzaak is de wijze waarop de klachtenregeling ingericht wordt. Veel reglementen kennen een verplichting om een klacht schriftelijk in te dienen. De Wet bopz bevat die verplichting eveneens, de Wkcz niet. Een schriftelijke klacht bevordert de duidelijkheid, maar kan voor mensen een drempel betekenen om te klagen. De meest patiënt-vriendelijke formulering in deze is dan de eis dat klachten schriftelijk worden ingediend, waarbij bij het opstellen van de klacht op schrift eventueel hulp kan worden geboden. Dit gebeurt dan meestal door de klachtenfunctionaris of een lid van de klachtencommissie. Deze procedure komt bij 46% van de reglementen in bopz-aangemerkte psychogeriatrische instellingen voor. Daarnaast zijn er een aantal reglementen die ten aanzien van het indienen van de klacht een onderscheid maken tussen Wkcz- en bopz-klachten. Bopz-klachten moeten dan in ieder geval schriftelijk worden ingediend, andere zo mogelijk schriftelijk.

29% van de instellingen heeft een aparte procedure en aparte commissie voor bopz- en Wkcz-klachten. Voor potentiële klagers is dan niet meer duidelijk bij welke commissie zij met hun klacht moeten zijn, waardoor het gevaar bestaat dat de klachtenregeling aan toegankelijkheid inboet.⁸⁰ Dikwijls geldt de klachtenregeling voor meerdere instellingen. Hoewel deze daardoor mogelijk meer klachten krijgt, hetgeen tot meer ervaring leidt en de deskundigheid bevordert, is een nadeel van deze organisatiewijze dat de afstand tot de klager groter wordt.

9.3.2.4 *Toegankelijkheid klachtenregeling*

Een vierde terrein waar in de praktijk oorzaken voor weinig klagen kunnen worden gevonden, betreft de toegankelijkheid van de klachtenregeling. Deze wordt bepaald door de bekendheid van de potentiële klager met de mogelijkheid om een klacht in te dienen, de procedure, de omschrijving van het begrip klacht, welke drempels er eventueel worden opgeworpen om te klagen en wie er een klacht mogen indienen.

Uit de onderzoeken blijkt dat de bekendheid van met name de bopz-klachtenregeling nog sterk kan worden verbeterd. Dikwijls zijn er wel folders ontwikkeld, maar die worden te weinig onder de aandacht van psychogeriatrische patiënten en hun vertegenwoordigers gebracht. In bopz-instellingen bleken zowel klagers als aangeklaagden zelden op de hoogte van het feit dat er twee verschillende klachtenregelingen zijn. Op zichzelf hoeft dat geen probleem te zijn, mits er een klachtencommissie is, die zelf controleert wat de aard van de klacht is en daar ook naar handelt. Als er verschillende klachtenreglementen en meerdere commissies zijn, ligt dit anders. Dan kan onwetendheid bij betrokkenen leiden tot een minder adequaat gebruik van de klachtenregelingen. In 37% van de onderzochte reglementen worden de wettelijke bopz-klachtgronden niet genoemd. In sommige gevallen wordt uitsluitend in algemene zin verwezen naar de klachtgronden van art. 41 bopz. Wanneer het reglement onvolledig is in de opsomming is het de vraag of voor potentiële klagers voldoende duidelijk is waartegen geklaagd kan worden.

Veel klachtenregelingen kennen uitsluitingsgronden voor de mogelijkheid voor het indienen van een klacht. De Wet bopz laat één uitsluitingsgrond toe: een klacht kan buiten

⁷⁹ Tot soortgelijke conclusies kwam men in Dane, A., H. Lindert, van en R.D. Friele, 2000.

⁸⁰ Op dit gevaar werd ook tijdens de behandeling in de Tweede Kamer reeds gewezen. Zie Handelingen Tweede Kamer, 23 040. nr. 4, Vergaderjaar 1993-1994, p. 28.

behandeling worden gelaten, indien een gelijke klacht nog in behandeling is. In de reglementen van de verpleeghuizen komt deze laatste bepaling veelvuldig voor, waarbij in het algemeen geen onderscheid wordt gemaakt tussen Wkcz- en bopz-klachten. Voor wat betreft de Wkcz-klachten is deze bepaling dan in strijd met de wet. Overigens komen ook andere uitsluitingsgronden veelvuldig voor. In een aantal verpleeghuizen werd verjaring als uitsluitingscriterium gevonden, waarbij de termijn dan loopt van 1 tot 12 maanden. Andere veel aangetroffen uitsluitingsgronden zijn: de klacht voldoet niet aan de klachtdefinitie; dezelfde klacht is reeds behandeld, en er hebben zich geen nieuwe feiten voorgedaan (ne bis in idem); de klacht is door klager ingetrokken; en de klacht is naar genoegen door bemiddeling weggenomen. Tot slot kent een aantal klachtenregelingen een verplicht voortraject.⁸¹

Van de uitsluitingscriteria wordt ook gebruik gemaakt. Uit onderzoek onder secretarissen bleek dat 56% van de klachtencommissies in peiljaar 1998 klachten niet in behandeling hadden genomen op basis van een uitsluitingsgrond. Deze uitkomst is in lijn met de uitkomsten van andere sectoren uit hetzelfde onderzoek (59%) waar eveneens in strijd met de wet uitsluitingsgronden werden geconstateerd.

De toegankelijkheid van de klachtenregeling wordt tot slot mede bepaald door de kring van personen die een klacht in kunnen dienen. Wanneer potentiële klagers niet met name bevoegd worden verklaard worden, bestaat het gevaar dat ze ook niet bekend zijn met het feit dat ze een klacht kunnen indienen. De keerzijde is echter dat door de opsomming de kring van vertegenwoordigers van patiënten kleiner kan zijn dan door de wetgever werd beoogd.

De samenloop van Wkcz- en bopz-reglementen heeft voor bopz-reglementen soms tot gevolg dat de kring van klagers beperkter is, dan wel minder duidelijk is geformuleerd. Wkcz-reglementen bevatten vaak, echter niet altijd, een opsomming van personen die namens de patiënt kunnen klagen.

9.3.3 Klachtenfunctionarissen als aanvulling?

De stap naar de klachtencommissie blijkt dus voor velen te groot. Zowel door instellingen als brancheorganisaties wordt dit onderkend. De afgelopen jaren zijn verschillende initiatieven genomen om de procedure te verbeteren. De belangrijkste zijn het geven van meer bekendheid aan de klachtenprocedure en het instellen van een klachtenfunctionaris om de leemte tussen werkvloer en klachtencommissie op te vullen.

Bij 74,1% van de verpleeghuizen en 64,3% van de verzorgingshuizen is een klachtenfunctionaris aanwezig. Vaak heeft deze functionaris tevens een andere functie binnen de instelling, bijvoorbeeld maatschappelijk werkende, pastoraal medewerker of een lid van de klachtencommissie. Verder komt het geregeld voor dat klachtenfunctionarissen vrijwilliger zijn.

Een klachtenfunctionaris is in het algemeen een aanspreekpunt binnen de instelling voor klachten en kan, indien noodzakelijk, bemiddelen tussen bewoner of vertegenwoordiger en medewerker. In 59,5% van de verpleeghuizen en 50,0% van de verzorgingshuizen mag de klachtenfunctionaris bemiddelen bij alle soorten klachten. In de overige gevallen heeft hij een beperkt mandaat en mag hij in het algemeen geen bopz-

⁸¹ Van de Klippe (1994, p. 685-686) is van mening dat instellingen klagers wel kunnen *aanraden* om een bepaald voortraject af te lopen. Zij acht het juist wenselijk dat patiënten eerst met degene spreken tegen wie de klacht zich richt. Zo kunnen overbelaste commissies kunnen worden voorkomen en klachten die op communicatiestoornissen berusten voortijdig uit de weg worden geruimd. Ook zij benadrukt echter dat een voortraject niet verplicht mag worden gesteld.

klachten behandelen. Ook komt het voor dat bemiddeling überhaupt niet door de klachtenfunctionaris gebeurt, maar bijvoorbeeld door een lid van de klachtencommissie.

Uit het onderzoek kan niet worden afgeleid dat instellingen die een klachtenfunctionaris in huis hebben een beter functionerende klachtenprocedure hebben. Aan de toeloop van de bopz-klachten is het niet merkbaar en bovendien is het aantal te gering om een verband af te leiden tussen de aanwezigheid van een klachtenfunctionaris en het aantal bopz-klachten bij de klachtencommissie.

Ook blijkt niet dat klachtenfunctionarissen klachten bij de klachtencommissie 'wegvangen'. Het aantal klachten dat in het voortraject wordt afgehandeld (niet-gedifferentieerd naar bopz- of Wkcz-klachten) leek in de psychogeriatric in vergelijking tot de psychiatrie beduidend lager.⁸² Het is overigens niet bekend of veel functionarissen een registratie bijhouden van het aantal klachten dat bij hen binnenkomt. De functionarissen die ten behoeve van de evaluatieonderzoeken werden geïnterviewd deden dit in ieder geval niet.

Uit onderzoek van het NIVEL blijkt daarnaast dat tegen klachtopvang door klachtenfunctionarissen dezelfde bezwaren bestaan als tegen de reguliere klachtenprocedures.⁸³ Mede hierdoor hebben de verbeteringen niet geleid tot een toename in het gebruik van de klachtenprocedure.

9.3.4 Art. 42-regeling

Voor onvrijwillig opgenomen patiënten bestaat zoals gezegd naast de art. 41 bopz-klachtenregeling ook de mogelijkheid van art. 42 bopz: de Inspecteur kan ten behoeve van wilsonbekwame patiënten op wie dwangbehandeling wordt toegepast een uitspraak over de noodzaak van die behandeling krijgen van de rechter. Van deze mogelijkheid is in de psychogeriatric door de Inspectie nog nooit gebruik gemaakt.

De M&M-formulieren die bopz-instellingen ingevolge de ministeriële regelgeving veelal tevens voor dwangbehandeling gebruikten, bevatten echter tot voor kort ook geen item op basis waarvan de bopz-arts aan de in art. 38 lid 6 bopz genoemde verplichting kon voldoen om bij de melding van dwangbehandeling aan te geven in hoeverre de betrokken patiënt in staat was om te klagen. Daardoor heeft de Inspectie deze informatie waarschijnlijk nooit gekregen en zij heeft er kennelijk ook nooit actief naar gevraagd. Sinds juni 2002 zijn er nieuwe formulieren die op de voet van art. 39a bopz verplicht dienen te worden gebruikt. Er is nu een apart formulier voor dwangbehandeling. Hierop moet tevens het vermogen van de patiënt om te klagen met betrekking tot de dwangbehandeling vermeld worden.⁸⁴ Niet bekend is of dit inmiddels tot gevolg heeft gehad dat de Inspectie wel gebruik heeft gemaakt van art. 42 bopz.

9.3.5 Klachten bij zorgaanbieders waar de Wet bopz niet geldt

Op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is, geldt alleen de klachtenregeling van de Wkcz. Uit het onderzoek dat op deze plaatsen in opdracht van het Ministerie van VWS werd verricht naar toepassingen van vrijheidsbeperking bij psychogeriatricische patiënten, is ook aandacht besteed aan klachten die over vrijheidsbeperkende interventies

⁸² Zie Friele, R.D., C. Ruiter, de, F.C.B. Wijmen, van en J. Legemaate, 1999 en Dane, A., H. Lindert, van en R.D. Friele, 2000.

⁸³ Dane, A., H. Lindert, van en R.D. Friele, 2000.

⁸⁴ Hoewel de Wet bopz in art. 42 niet de mogelijkheid biedt om ook voor toepassingen in noodsituaties een uitspraak van de rechter over de geoorloofdheid hiervan te vragen, schrijft het formulier voor toepassingen op basis van art. 39 bopz eveneens voor om aan te geven of de patiënt tot klagen in staat is.

bij de klachtencommissie terecht kwamen.⁸⁵ Opmerkelijk is dat een aantal zorgaanbieders nog steeds geen klachtenregeling zegt te hebben. 22,2% van de huisartsen heeft geen reglement, 9,5% van de kleinschalige woonvoorzieningen, 7% van de woonzorgcomplexen, 4,2% van de thuiszorginstellingen en 2,6% van de ziekenhuisafdelingen die zorg bieden aan psychogeriatrische patiënten. Het merendeel van de zorgaanbieders heeft echter wél een algemene klachtenregeling en 4,2% van de zorgaanbieders zegt zelfs een speciale klachtenregeling voor vrijheidsbeperkingen te hebben. Mogelijk zijn deze zorgaanbieders aangesloten bij een instelling waar voor een of meerdere locaties een bopz-aanmerking is verkregen.

Tabel 9-1 Mate waarin geklaagd wordt over vrijheidsbeperkende maatregelen; in procenten

Zorgaanbieder	N=	Nooit geklaagd	Zelden geklaagd	Regelmatig geklaagd	Onbekend	Niet van toepassing
Ziekenhuisafdelingen	179	63,1	21,8	1,7	10,6	2,8
Thuiszorg	46	71,7	10,9	0	13,0	4,3
KWV	21	76,2	14,3	0	0	9,5
WZC	54	83,3	7,4	0	1,9	7,4
Huisartsen	45	68,9	4,4	0	4,4	22,2
Totaal	345	69,0	15,4	0,9	8,1	6,7

Hoewel bovenstaande tabel schattingen bevat en een aantal respondenten niet bekend was met de materie, wordt er uit duidelijk dat ook op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is sporadisch over vrijheidsbeperkingen wordt geklaagd.

9.4 Mogelijke verbeteringen van de klachtenprocedures

9.4.1 Inleiding

Uit het voorgaande blijkt dat het klachtrecht totnogtoe nauwelijks een bijdrage levert aan het waarborgen van de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten. Aangezien dit bij alle onderzoeken reeds de conclusie was, is tijdens de tweede bopz-evaluatie onderzocht op welke wijze de rechtspositie zou kunnen worden verbeterd. Daarbij is met name bekeken in hoeverre een patiëntenvertrouwenspersoon (pvp) – vergelijkbaar met die in de psychiatrie – een bijdrage zou kunnen leveren in de psychogeriatric.

In 1988 pleitte Roscam Abbing al voor de introductie van een pvp voor ouderen. Zij merkt hierover op:

‘Een dergelijk instituut zou de rechtspositie van de oudere in de gezondheidszorg kunnen versterken, hem kunnen beschermen tegen bewuste of onbewuste druk, waardoor van in vrijwilligheid genomen beslissingen geen sprake meer kan zijn, hem kunnen vrijwaren van het gevoel ‘tot last te zijn’ en daar schuldgevoelens over te hebben, en hem kunnen behoeden voor discriminatie.’⁸⁶

Hieronder volgt allereerst een kort overzicht van de voorgeschiedenis en de wettelijke basis van de patiëntenvertrouwenspersoon, waarna de taakinvulling in de psychiatrie wordt beschreven. Voorts komen de resultaten uit de tweede bopz-evaluatie aan de orde.

⁸⁵ Arends, L.A.P., 2004.

⁸⁶ Roscam Abbing, H., 1988, p. 669.

9.4.2 Voorgeschiedenis

In de loop van de jaren zeventig werden in verschillende psychiatrische ziekenhuizen vertrouwenspersonen of ombudslieden aangesteld. Hun taak was om patiënten te helpen bij het opkomen voor hun rechtspositie, door het geven van informatie en/of het ondersteunen van de patiënt bij het afhandelen van klachten. Die ondersteuning kon bijvoorbeeld bestaan in het bemiddelen bij een klacht.

Aanvankelijk stuiten zij op veel weerstand, omdat zij volgens de instellingen te nadrukkelijk de kant van de patiënt kiezen. Begin jaren tachtig wordt daarom de Stichting Patiëntenvertrouwenspersoon Geestelijke Gezondheidszorg (Stichting PVP) opgericht, die de patiëntenvertrouwenspersonen in dienst neemt en hen op basis van een overeenkomst te werk stelt in een psychiatrisch ziekenhuis. De pvp krijgt nadrukkelijk een partijdige rol ten aanzien van de patiënt, maar is onafhankelijk van de instelling. Naast eerder genoemde taken heeft hij tevens de bevoegdheid om structurele tekortkomingen, voor zover die uit individuele klachten naar voren komen, binnen de instelling aan de orde te stellen.

Sinds 1987, eerst via het Besluit eisen voor erkenning van ziekenhuizen, en later via art. 59 bopz en het bijbehorende Besluit patiëntenvertrouwenspersoon, worden algemene en categorale psychiatrische instellingen verplicht om een pvp te hebben (art. 1 Besluit PVP).⁸⁷

Art 59 bopz schrijft voor dat bij AMvB regels worden gegeven met betrekking tot de taak en de bevoegdheden van de patiëntenvertrouwenspersoon. Verder kan de AMvB een categorie van psychiatrische ziekenhuizen aanwijzen, waarvan het bestuur van een ziekenhuis dat daaronder valt ervoor zorg dient te dragen dat een patiënt kan worden bijgestaan door een vertrouwenspersoon. Uit het Besluit PVP blijkt dat de taak van de pvp is het op verzoek van een patiënt verlenen van advies en bijstand aan die patiënt, in aangelegenheden die samenhangen met zijn opname en verblijf in het ziekenhuis. Daartoe heeft de pvp toegang tot alle ruimten van het psychiatrisch ziekenhuis, bestemd voor opname en verblijf van de patiënten. Ook moeten aan de pvp alle inlichtingen worden verschaft en bescheiden getoond die deze voor een juiste uitoefening van zijn taak nodig heeft, tenzij een andere wettelijke regeling zich daartegen verzet.

9.4.3 Rolinvulling in de psychiatrie

Voor het geval een patiëntenvertrouwenspersoon in de psychogeriatric zou worden geïntroduceerd is het belangrijk te weten welke aan welke eisen hij of zij dan moet voldoen. Ter vergelijking wordt hieronder op basis van de gedragsregels die door de Stichting Patiëntenvertrouwenspersoon zijn opgesteld, een korte profielschets gegeven van de pvp in de psychiatrie.⁸⁸

Uitgangspunt is dat de pvp in zijn handelen onafhankelijkheid naar de instelling betracht. Hij moet de nodige acties ondernemen ter verzekering van een goede bekendheid en bereikbaarheid binnen de instelling. Verder heeft de pvp een informatiefunctie ten opzichte van de patiënt, en doet hij aan klachtenbegeleiding en bemiddeling. Het is belangrijk dat de klacht door de patiënt zelf wordt geuit. Ook als een derde zegt namens de patiënt te klagen, dient de pvp te verifiëren of de patiënt de klacht deelt. Als dat niet het geval is onderneemt hij in principe geen actie. Wanneer de patiënt een klacht bij de klachtencommissie wil indienen, kan de pvp ondersteuning en bijstand verlenen.

⁸⁷ Sinds 1 januari 2004 is de pvp zelfs bevoegd ook buiten het psychiatrisch ziekenhuis bijstand te verlenen aan psychiatrische patiënten ten behoeve van wie door de rechter een voorwaardelijke machtiging is verleend (zie art. 14a lid 9).

⁸⁸ Stichting PVP, 1999.

Een andere belangrijke functie van de patiëntenvertrouwenspersoon is signalering. Hij kan tekortkomingen in de structuur en het functioneren van de organisatie van de instelling signaleren, voor zover deze aan de rechten van patiënten afbreuk doen. Ook hier betracht hij een zekere lijdelijkheid. Een signaal moet gebaseerd zijn op vragen en/of klachten van patiënten en/of gegevens die de pvp bij informatieverstrekking of klachtenbegeleiding en -bemiddeling ter kennis zijn gekomen. Heeft de directie van de instelling de tekortkoming niet op, dan kan hij die voorleggen aan de inspectie of officier van justitie.

Verder kan de pvp gepaste actie ondernemen als hij een onaanvaardbare situatie in de individuele patiëntenzorg constateert en de betrokken patiënt niet in staat is om actie te ondernemen. Een actie kan dan bestaan uit een melding bij de betreffende afdeling, de directie van de instelling, de inspectie of de officier van justitie.

Tot slot schrijven de gedragsregels van de Stichting PVP voor dat de pvp met voldoende distantie handelt ten opzichte van de instellingsmedewerkers, zodat onafhankelijkheid gewaarborgd is. Ook wordt de pvp opgedragen pas met vertegenwoordigers in contact te treden na toestemming van de patiënt.

9.4.4 Draagvlak voor patiëntenvertrouwenspersoon

Sleutelfiguren die voor dit onderzoek werden geïnterviewd⁸⁹ denken vrijwel alle dat de introductie van een patiëntenvertrouwenspersoon de klachtenregeling en de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten verbetert, mits het profiel van de pvp wordt aangepast aan de sector. De aanwezigheid van een pvp die bijstand verleent aan patiënten en diens vertegenwoordigers, maakt het volgens sommigen bovendien mogelijk dat de huidige klachtencommissies eventueel vervangen kunnen worden door één landelijke commissie, of enkele regionale commissies. Deze kunnen meer dan de huidige klachtencommissie gebruik maken van deskundigen en bovendien meer dan in de bestaande situatie uitstralen dat ze onafhankelijk zijn. De grotere fysieke afstand ten opzichte van potentiële klagers hoeft geen bezwaar te zijn, omdat de pvp hun kan wijzen op klachtmogelijkheden en zonodig bijstand kan verlenen in de te volgen procedure.

In het veld blijkt men verdeeld over de wenselijkheid van een pvp. Voorstanders benadrukken het voordeel van de onafhankelijke positie van de patiëntenvertrouwenspersoon ten opzichte van de instelling. Wel wordt de vraag gesteld of in de praktijk van een pvp gebruik zal worden gemaakt. Tegenstanders van de introductie van een patiëntenvertrouwenspersoon zijn tevreden over de eigen klachtenfunctionaris of vertrouwenspersoon die al binnen de instelling functioneert. Gevreesd wordt dat iemand van buiten de instelling niet aan die verwachtingen kan voldoen, en dat een patiëntenvertrouwenspersoon zal leiden tot nog meer bureaucratie (meer registraties en verslagen). Een pvp zou belastend kunnen zijn voor de bewoner, omdat deze veel los kan maken. Ook verschillende vertegenwoordigers geven aan geen behoefte te hebben aan een patiëntenvertrouwenspersoon. Zij zien meer in een eigen aanpak: zelf op degene afstappen tegen wie ze een klacht hebben. Een patiëntenvertrouwenspersoon moedigt volgens hen het eigen initiatief van de vertegenwoordiger niet aan.

9.4.5 Klachtenfunctionaris versus patiëntenvertrouwenspersoon

Vanwege de tevredenheid over de bestaande regeling van de klachtenfunctionaris, en de bezwaren tegen de introductie van een pvp, zijn beide functies in de tweede bopzevaluatie met elkaar vergeleken.

⁸⁹ Dit waren vertegenwoordigers van branche- en belangenorganisaties, alsmede wetenschappers en medewerkers van de IGZ.

In tegenstelling tot patiëntenvertrouwenspersonen vormen klachtenfunctionarissen in het algemeen onderdeel van de instelling. Meerdere in dit onderzoek geïnterviewde klachtenfunctionarissen ervaren daardoor wel eens een loyaliteitsconflict. Zo kunnen ze bij bemiddeling vaak begrip opbrengen voor de tekortkomingen van de instelling, omdat ze weten wat er speelt. Ze hebben het gevoel dat zij dan niet altijd voluit de belangen van de bewoner kunnen behartigen. Met name deze klachtenfunctionarissen dringen daarom aan op een onafhankelijke positie ten opzichte van de instelling. Deze en ook andere respondenten betogen dat het niet helemaal los staan van de instelling psychogeriatrische patiënten, maar zeker ook familie ervan weerhoudt om de klachtenfunctionaris te benaderen. Een pvp bezit die onafhankelijkheid ten opzichte van de instelling wel, omdat hij daarmee geen dienstverband heeft.

In de taakomschrijving van de klachtenfunctionaris staat meestal dat hij onpartijdig is en dus tussen de partijen staat. Hij stelt niet de belangen van psychogeriatrische patiënten of vertegenwoordigers voorop. Ook dit kan een drempel tot klagen opwerpen. Een pvp is beter benaderbaar, omdat hij speciaal voor de belangen van de patiënt/bewoner is ingesteld.

De afstand van de klachtenfunctionaris ten opzichte van de potentiële klager is zowel letterlijk als figuurlijk vaak te groot. De klachtenfunctionaris komt lang niet altijd op de afdeling en is daardoor niet zichtbaar voor de potentiële klager. Zo komt het geregeld voor dat een klachtenfunctionaris één keer per week spreekuur houdt op een kamer ergens achteraf in de instelling. Voor de meeste psychogeriatrische patiënten is het zelfstandig maken van een afspraak te hoog gegrepen, terwijl familie op het moment dat het spreekuur plaatsvindt veelal niet aanwezig is.

Dikwijls dient een klacht, voordat gebruik wordt gemaakt van de klachtenfunctionaris, eerst in de lijn te worden besproken. Ook door de pvp kunnen bemiddelingsgesprekken met zorgverleners worden gevoerd, maar bij deze is het geen verplicht traject. Een bemiddeling door een pvp gebeurt alleen indien het door de patiënt gewenst wordt.

Het bezwaar dat een pvp niets toevoegt aan het werk dat de klachtenfunctionaris reeds doet, wordt weerlegd door de onderzoeken van de Contactgroep Zorgvragers Zuid-Holland en het NIVEL.⁹⁰ In de pilot die door de Contactgroep is uitgevoerd wordt van de vertrouwenspersoon meer gebruik gemaakt dan van de klachtenfunctionaris.

9.4.6 Profiel patiëntenvertrouwenspersoon psychogeriatric

Uit de vraaggesprekken met alle respondenten uit het veld – dus zowel de voor- als tegenstanders – is gedestilleerd op welke wijze het profiel van de pvp uit de psychiatrie zou moeten worden aangepast om ook in de psychogeriatrische zorg een waardevolle aanvulling op de huidige klachtenregelingen te kunnen zijn.

In de eerste plaats moet de pvp niet alleen voor en op initiatief van de bewoner optreden, maar dient er, vanwege het onvermogen van de meeste patiënten om zelf klachten te uiten, ook ruimte te zijn om met diens familie en vertegenwoordigers te overleggen. Verschillende respondenten wijzen erop dat men daarbij echter wel bedacht dient te zijn op een zekere dubbelrol die vertegenwoordigers innemen ten opzichte van hun familielid. Enerzijds zijn zij belangenbehartigers, anderzijds hebben zij ook hun eigen gedachten en gevoelens ten opzichte van de bewoner. Deze dubbelrol leidt er mogelijk toe dat vertegenwoordigers niet altijd in staat zijn de belangen van de bewoner voorop te stellen. Een situatie die zich in de praktijk geregeld voordoet is dat familieleden om valincidenten te voorkomen verder willen gaan met toepassing van vrijheidsbeperkingen dan

⁹⁰ Contactgroep Zorgvragers Zuid-Holland, 2001, Dane, A., H. Lindert, van en R.D. Friele, 2000.

de zorgverleners. In het algemeen blijkt men daar met elkaar echter wel uit te komen. Een ander probleem is dat vertegenwoordigers namens de patiënt wel in willen gaan tegen het besluit om een vrijheidsbeperkende maatregel toe te passen, maar daar van afzien omdat hen wordt voorgehouden dat ze anders de patiënt mee naar huis zullen moeten nemen, of omdat ze anderszins onder druk worden gezet.

Daadwerkelijk uiteenlopende belangen van vertegenwoordiger en bewoner treden volgens respondenten echter zelden op. In situaties waarin de wens van de bewoner nadrukkelijk conflicteert met die van de vertegenwoordiger, moet naar hun mening de wens van de eerste prevaleren.

Een tweede aanpassing die in de psychogeriatric bij de rolinvulling van de patiëntenvertrouwenspersoon zou moeten plaatsvinden, is dat hij in vergelijking tot de psychiatrie veel meer actief op de afdeling dient te komen. Hij moet zelf met patiënten en vertegenwoordigers gaan praten, zorgen dat hij hen kent en gekend wordt, zodat een vertrouwensband met betrokkenen kan ontstaan. De patiëntenvertrouwenspersoon is derhalve niet lijdelijk, maar heeft een actieve houding ten opzichte van patiënten en hun vertegenwoordigers. Dit mag volgens respondenten echter niet zover gaan dat hij zelfstandig klachten indient. Daarentegen kan een patiëntenvertrouwenspersoon wel zelfstandig misstanden signaleren en aan de orde stellen.

Voor patiënten zonder familie mag de bemoeienis op eigen initiatief van de patiëntenvertrouwenspersoon wat verder gaan. Verschillende respondenten geven aan dat de patiëntenvertrouwenspersoon dan een deel van de rol van vertegenwoordiger op zich zou kunnen nemen. Dit gaat niet zover dat de patiëntenvertrouwenspersoon een rol gaat spelen als vertegenwoordiger bij beslissingen omtrent vaststelling en wijziging van het zorgplan. In uiterste gevallen wordt echter het indienen van een klacht ten behoeve van een wilsonbekwame bewoner zonder eigen vertegenwoordiger niet onacceptabel geacht.

In de vierde plaats moet de patiëntenvertrouwenspersoon de rol van toezichthouder op de zorg vervullen en op basis daarvan aanbevelingen doen. Een goede dialoog met de instelling is daarbij belangrijk.

Een signaleringsfunctie tot slot zoals die in de psychiatrie bestaat bij het aan de kaak stellen van algemene misstanden en van individuele zorg van patiënten die hun eigen belangen niet meer kunnen behartigen, is nog meer dan in deze sector van groot belang. Dit geldt met name voor die patiënten die geen vertegenwoordiger of familie hebben.

9.4.7 Kanttekeningen

Door respondenten zijn tijdens het onderzoek enkele kanttekeningen gemaakt over de introductie van een pvp.

In de eerste plaats dienen de financiën een punt van aandacht te zijn. Om een pvp te introduceren die in staat is te functioneren volgens alle randvoorwaarden, zal er geld van de overheid moeten komen. Respondenten wijzen erop dat instellingen, wanneer ze verplicht worden een pvp uit eigen middelen te financieren, voor minimumvarianten zullen kiezen die waarschijnlijk weinig toe zullen voegen aan de bestaande klachtenfunctionaris en klachtenprocedure.

In de tweede plaats leeft bij velen de vraag of er meteen een wettelijke regeling zou moeten komen voor de patiëntenvertrouwenspersoon. De ervaringen met het zonder onderzoek invoeren van nieuwe regelingen in de zorg – respondenten wijzen hierbij op de Wet bopz, de Wkcz en de Wet medezeggenschap cliënten zorgsector – zijn niet onverdeeld gunstig. Liever hebben zij dat vooraf een goede pilot wordt uitgevoerd, zodat voor iedere sector kan worden uitgezocht wat de beste vorm is. Voor het opzetten van een goede pilot zullen alle betrokkenen het belang van de bewoner dienen te laten prevaleren en eigen belangen opzij moeten zetten. In het verleden is een pilot om een goede

voorziening voor patiënten te treffen in de verstandelijk gehandicaptenzorg, opgezet door de Stichting PVP, de Inspectie Gezondheidszorg en enkele brancheorganisaties mislukt, doordat voorrang werd gegeven aan het eigen belang boven het gemeenschappelijk belang.

Een andere bedenking die tegen het invoeren van een wettelijke regeling zonder voorafgaand onderzoek kan worden ingebracht, is het gevaar dat sommige instellingen dit, door het verplichtende karakter zo'n regeling, juist zullen tegenwerken. Dit speelt met name als instellingen zelf niet direct de noodzaak van de introductie van een pvp zien. Vooral brancheorganisaties pleiten er dan ook voor om een poging te doen de introductie eerst over te laten aan zelfregulering.

9.4.8 Patiëntenvertrouwenspersoon, alleen voor instellingen met bopz-aanmerking?

Totnogtoe was de patiëntenvertrouwenspersoon een rechtsfiguur die uitsluitend was voorgeschreven in psychiatrische ziekenhuizen in enge zin met een bopz-aanmerking. Sinds de inwerkingtreding van de voorwaardelijke machtiging dient de pvp ook bij te dragen aan het waarborgen van rechten van patiënten die met een dergelijke machtiging buiten het ziekenhuis verblijven. Er is voor gekozen om nadere invulling hiervan aan de Stichting PVP over te laten. De wijze waarop de wetgever invulling heeft gegeven aan de bescherming van patiënten buiten de muren van het psychiatrische ziekenhuis laat zien, dat niets eraan in de weg hoeft te staan om een pvp ook in de psychogeriatrische zorg zijn werk te laten doen op plaatsen waar de Wet bopz thans niet geldt.

9.5 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de twee klachtenregelingen besproken die moeten waarborgen dat rechten van psychogeriatrische patiënten ingeval van vrijheidsbeperking worden beschermd. De eerste voorziening is speciaal voor dit doel ontworpen. Het betreft het klachtrecht uit de Wet bopz. Van de tweede voorziening, de Wkcz, kan gebruik gemaakt worden wanneer van het klachtrecht van art. 41 bopz geen gebruik kan worden gemaakt.

De diverse onderzoeken die betrekking hadden op het functioneren van beide klachtregelingen laten zien dat ondanks het bestaan van klachtwaardige situaties, slechts sporadisch klachten worden ingediend door en voor psychogeriatrische patiënten. Oorzaken zijn vooral terug te voeren op de persoon van de klager, het instellingsbeleid, de wijze waarop zorgaanbieders de klachtenregelingen hebben ingevuld en de toegankelijkheid van de klachtenprocedure.

Het niet functioneren van het klachtrecht lijkt dus vooral voort te vloeien uit de praktische invulling ervan. Toch kunnen ook bij de wettelijke regelingen zelf enkele kanttekeningen worden geplaatst. Dat geldt niet zozeer voor de in art. 41 neergelegde klachtenregeling. Deze is helder en kent weinig problemen. De aanpassingen van de bopz-klachtenprocedure die momenteel door de Tweede Kamer behandeld zullen de regeling verder verbeteren.

Te weinig bescherming biedt de regeling van art. 42 bopz. Afgezien van het feit dat hier in de psychogeriatric tot op heden nog geen gebruik van wordt gemaakt, is deze beperkt tot dwangbehandeling. Zij beschermt dus geen patiënten die niet tot klagen in staat zijn ten aanzien van de andere in art. 41 genoemde klachtgronden.

Ook is er minder bescherming voor patiënten op wie het bopz-klachtrecht niet van toepassing is. Dit klachtrecht staat niet open voor vrijwillig opgenomen patiënten die klachten hebben over toepassingen van vrijheidsbeperking of andere in art. 41 genoemde bopz-maatregelen. Evenmin kan het bopz-klachtrecht worden aangewend door pati-

enten die zorg ontvangen van zorgaanbieders die niet onder de reikwijdte van de Wet bopz vallen. Patiënten die geen gebruik kunnen maken van het bopz-klachtrecht kunnen wel klagen op grond van de Wkcz-klachtenregeling. Deze biedt in vergelijking tot de bopz-klachtenregeling echter minder waarborgen. Zo kent de Wkcz geen schorsingsbevoegdheid, er is geen uitspraaktermijn vastgelegd, het is niet zeker dat de klachtenbehandeling plaatsvindt door ter zake deskundigen, zoals een verpleeghuisarts of een jurist en de uitspraak van de klachtencommissie kan terzijde worden geschoven door de zorgaanbieder.

Een zorgaanbieder kan de Wkcz-klachtenregeling afstemmen op de eisen die aan een bopz-klachtenregeling worden gesteld. Zo kan hij in de Wkcz-regeling voorzien in een schorsingsbevoegdheid, of kiezen voor dezelfde uitspraaktermijnen als art. 41 bopz. Ook kan hij in de Wkcz-klachtencommissie kiezen voor dezelfde deskundigen. Zorgaanbieders zijn echter niet verplicht om de Wkcz-klachtenregeling aan de bopz-regeling aan te passen. Bovendien kent een Wkcz-regeling geen beroepsmogelijkheden en blijft de mogelijkheid bestaan dat een zorgaanbieder de uitspraak van een klachtencommissie naast zich neerlegt. Daarnaast bestaat door de ruimte die de Wkcz openlaat voor de invulling van de kring van klagers het gevaar dat zorgaanbieders die kring inperken. Daardoor kan gesteld worden dat de rechtsbescherming die de Wkcz biedt bij klachten over toepassingen van vrijheidsbeperking onvoldoende zijn.

Voorgenomen aanpassingen in het klachtrecht, zoals de introductie van een rol van de Inspectie bij het naleven van de zorgaanbieder van de verplichtingen uit de Wkcz zullen de rechtsbescherming bij vrijheidsbeperking die van de klachtenregeling uitgaat niet verbeteren. Daarom is het wenselijk ingeval van vrijheidsbeperking een soortgelijke klachtenprocedure als die van art. 41 en 42 bopz eveneens open te stellen voor situaties waarin de Wet bopz niet van toepassing. Omdat de weg ook naar deze klachtenregeling in de praktijk echter niet blijkt te worden gevonden, is er behoefte aan een instrument dat deze leemte kan opvullen.

Een mogelijke bijdrage aan de rechtsbescherming van psychogeriatrische patiënten zou de introductie van een patiëntenvertrouwenspersoon kunnen zijn. Daarvoor werden in dit hoofdstuk randvoorwaarden beschreven. De pvp zal in vergelijking tot de psychiatrie een andere rolinvulling moeten krijgen, waarbij het voornaamste onderscheid is dat hij minder lijdelijk te werk zal moeten gaan en meer aandacht dient te hebben voor inspraak van de familie. Dit laatste mag echter niet ten koste gaan van de belangen van de patiënt.

10. NAAR EEN WET VERANTWOORDE TOEPASSING VRIJHEIDSBEPERKING IN DE PSYCHOGERIATRIE

'Overall wordt geademd... ze zijn allemaal gekomen om hier samen voor het laatst te slapen... wie met wie dat geeft niet meer... geen namen... geen gezichten meer... alleen ademen... zuchten... allemaal bekenden van hem toen ze nog leefden... stuk voor stuk... naam en toenaam... zij bevindt zich daar ergens tussen... haar zoeken... haar hand moeten wij zoeken... zoiets duurt lang... een heel leven lang duurt dat... uitademen en zuchten en steunen en jammeren en kreunen en snurken... zal haar hand naar je toe komen... hier... neem eerst die hand die daar stuurloos in het duister naar haar graait... pak hem zachtjes vast... kalmeer hem... nu hoeft je niets meer zelf vast te houden... zij doet dat voortaan... zij draagt je... ik draag je... kleine jongen van me... de hele lange bange nacht door zal ik je dragen tot het weer licht wordt.

Als het al dag is en GOOD MORNING *en iemand zegt... fluisterend... de stem van een vrouw en je luistert... je luistert met gesloten ogen... luistert alleen maar naar haar stem die fluistert... dat het raam is gemaakt... dat waar eerst die oude deur voor zat gespijkerd... dat daar nu weer glas zit... glas waar je doorheen kunt kijken... naar buiten... het bos in en de lente die bijna begint... zegt ze... fluistert ze... de lente die op het punt staat te beginnen...'*¹

10.1 Inleiding

In dit proefschrift staat de vraag centraal of de Nederlandse wetgeving voldoende rechtsbescherming biedt aan psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperkingen. Onder vrijheidsbeperkingen worden hier interventies of non-interventies verstaan die in de zorg worden toegepast, dan wel worden nagelaten, en die als doel of neveneffect hebben dat de vrijheid van psychogeriatrische patiënten wordt aangetast.

De probleemstelling werd nader uitgewerkt in vijf deelvragen:

1. Wat houdt voldoende rechtsbescherming in en met welke uitgangspunten behoort bij de toetsing van de in dit verband relevante wetgeving rekening te worden gehouden?
2. Welke zijn de wettelijke kaders bij toepassing van vrijheidsbeperkingen op psychogeriatrische patiënten, welke doelstellingen zijn ermee nagestreefd en wat is hun reikwijdte?
3. Hoe wordt thans uitvoering gegeven aan deze wettelijke kaders?
4. In hoeverre voldoet de wetgeving aan de geformuleerde uitgangspunten waarmee bij toetsing rekening dient te worden gehouden?
5. Hoe zou de wetgeving eventueel kunnen worden verbeterd?

Op de eerste deelvraag werd ingegaan in hoofdstuk 4. Hier werd een theoretisch kader geformuleerd op basis waarvan de wetgeving kon worden getoetst. De tweede, derde en vierde deelvraag kwamen in de hoofdstukken 5 tot en met 9 aan de orde. Daarbij is ervoor gekozen om in de verschillende hoofdstukken niet steeds de focus te richten op een ander wettelijk kader, maar om uit te gaan van thema's die elk een belangrijk aspect

¹ Uit: Hersenschimmen, Bernlef, J., 1984.

van toepassing van vrijheidsbeperkingen behandelden. Reden hiervoor was dat die wettelijke kaders niet afzonderlijk van elkaar functioneren, maar een samenspel vormen. Door uit te gaan van een thematische aanpak kon dit samenspel beter worden geanalyseerd en kwamen de gevolgen ervan duidelijker in beeld. Aldus werden vertegenwoordiging, opnemingsinstellingen, toepassing van vrijheidsbeperkingen, toezicht en klachtrecht behandeld.

De beantwoording van de probleemstelling en van de vijfde deelvraag is de doelstelling van dit hoofdstuk. Dit gebeurt als volgt. In de paragrafen 10.2 en 10.3 wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste conclusies die uit de voorgaande hoofdstukken konden worden getrokken. Dit gebeurt aan de hand van de vier eerste deelvragen. In een eindconclusie wordt dan een antwoord op de probleemstelling geformuleerd (par. 10.4). Aansluitend behandel ik in paragraaf 10.5 een aantal alternatieven die door verschillende auteurs voor de huidige wettelijke regelingen zijn aangedragen, en in paragraaf 10.6 een systeem waarvoor in Ontario, Canada is gekozen. In paragraaf 10.7 ga ik in op mijn eigen visie ten aanzien van een wettelijke regeling inzake toepassing van vrijheidsbeperking op psychogeriatrische patiënten.² Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

10.2 Toetsingskader

Teneinde te kunnen toetsen of sprake is van voldoende rechtsbescherming is het allereerst van belang te bepalen welke belangen beschermd moeten worden. In dit proefschrift is als uitgangspunt het begrip menswaardigheid gehanteerd, dat gezien kan worden als de bejegening die eenieder als mens toekomt. Dit begrip wordt in verschillende belangrijke mensenrechtenverdragen zoals de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en het Europese verdrag tot bescherming van de individuele rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Evr) als grondslag gehanteerd. De invulling van het begrip 'menswaardigheid' is tot op zekere hoogte tijd- en plaatsgebonden. Het wordt bepaald door het geheel aan rechtsbeginselen, maar ook door de afweging tussen die verschillende beginselen.

In hoofdstuk 4 werd ingegaan op de beginselen die menswaardigheid bij toepassing van vrijheidsbeperking gestalte geven en de belangenafweging die daarbij moet worden gemaakt. Allereerst werd daarbij aandacht geschonken aan de zelfbeschikkingstheorie. Betoogd werd dat het bij psychogeriatrische patiënten niet voldoende is om de aandacht uitsluitend te vestigen op zelfbeschikking. Zelfbeschikking veronderstelt een vermogen tot het zelf kunnen maken van keuzes. Bij dementie wordt dit vermogen in de loop van het ziekteproces steeds meer aangetast, waardoor keuzes lang niet altijd gemaakt of gemaakt kunnen worden. Theorieën over zelfbeschikking geven veelal wel een oplossing hoe er dan gehandeld moet worden, maar richten daarbij vooral de aandacht op het zoveel mogelijk blijven waarborgen van zelfbeschikking. Voor zover vooraf wilsuitingen zijn gedaan of nog mogelijkheden tot zelfbeschikking resteren, biedt de zelfbeschikkingstheorie goede handreikingen. Voor situaties waarin wilsuitingen ontbreken wordt echter geen uitweg gegeven. Ook wordt geen oplossing geboden voor de bepaling van momenten waarop een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht nodig is: geen duidelijkheid bestaat wanneer en hoe ingegrepen moet worden.

Dezelfde theorieën gaan er verder van uit dat de beginselen zelfbeschikking en vrijheid onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Bij het vrijheidsbeginsel ligt het accent op het nalaten van anderen. Iemand wordt in zijn vrijheid beperkt als hij niet naar zijn eigen

² In de bijlage wordt bovendien een voorstel voor een nieuwe wet gepresenteerd.

levensconcept kan leven. In deze visie hoeft een beperking van de bewegingsvrijheid zoals fixatie in een stoel door middel van Zweedse banden, geen beperking van de vrijheid te zijn als de persoon in kwestie daartegen niet ageert.

In hoofdstuk 4 werd betoogd dat de koppeling van zelfbeschikking en vrijheid tot gevolg heeft dat het begrip vrijheid te eng wordt opgevat. Zelfbeschikking en vrijheid zijn alleen verschillende kanten van dezelfde medaille als iemand in staat is zich te uiten of te kiezen. Wanneer een persoon dit niet kan gaat dit niet op. Dan kan het zich niet uiten ertoe leiden dat iemand in zijn vrijheid wordt beperkt zonder dat daarvoor bijzondere waarborgen gelden, terwijl die wel worden betracht als iemand zich uitsprekt tegen een bepaalde toepassing.

Als tegenhanger van zelfbeschikking en vrijheid werd het beschermingsbeginsel opgevoerd. Dit beginsel beoogt het beste voor de patiënt maar kan, wanneer het verkeerd wordt toegepast, leiden tot 'sterk paternalisme' waarin moralistische standpunten over wat goed is kunnen prevaleren boven de wil van het individu. Het gevaar van sterk paternalisme illustreert dat een zorgvuldige, objectiveerbare belangenafweging noodzakelijk is. Deze kan worden gevonden in het beginsel van goede en verantwoorde zorg. Dit beginsel geeft weer dat kwaliteit van zorg wordt nagestreefd. Goede en verantwoorde zorg benadrukt de verantwoordelijkheid van zorgverleners voor een zorgvuldige belangenafweging, dus ook bij toepassing van vrijheidsbeperkingen. Dit brengt met zich mee dat slechts zeer goede, objectiveerbare argumenten kunnen rechtvaardigen dat in het kader van de zorg een inbreuk wordt gemaakt op de bewegingsvrijheid of de keuzevrijheid van patiënten. Verantwoordelijkheid voor deze belangenafweging impliceert dat de hulpverlener ook verantwoordelijk gehouden kan worden. Om de hulpverlener hierop te kunnen beoordelen, is het van belang dat de belangenafweging en de daaropvolgende handelingen transparant en inzichtelijk plaatsvinden.

Het beginsel van goede en verantwoorde zorg streeft dus bij toepassing van vrijheidsbeperkingen een zorgvuldige afweging na bij het vinden van een balans tussen vrijheid, zelfbeschikking en bescherming, teneinde menswaardigheid te behouden en te bereiken. In de belangenafweging kunnen overigens ook andere belangen zoals gelijkheid, vertrouwen en billijkheid een rol spelen.

Dit aldus geformuleerde theoretisch model kan worden gebruikt om de relevante wetgeving op het terrein van vrijheidsbeperking te toetsen op aanvaardbaarheid. Bij het oordeel of sprake is van voldoende rechtsbescherming dient echter niet alleen onderzocht te worden of de wetgeving aanvaardbaar is, maar moet tevens gekeken worden naar effectiviteit van wetgeving. Verschillende ijkpunten bepalen die effectiviteit. In dit proefschrift is gekeken naar doelstellingen van wettelijke regelingen. Voorts is de toepasbaarheid van een wet onderzocht, die onder andere wordt bepaald door de tekst, de structuur, de normstelling en de interne consistentie van de regels. Een ijkpunt is ook de uitvoerbaarheid van de wet. Deze wordt onder meer bepaald door de kennis van degenen die de wet uitvoeren en de onderschrijving van de doelstellingen door de uitvoerders. Daarop aansluitend is de handhaafbaarheid een punt van aandacht bij effectiviteit. Voor de handhavers geldt hetzelfde als voor de uitvoerders, maar daarnaast is het van belang dat de instrumenten die worden gebruikt ook adequaat zijn.

Omdat wettelijke regelingen veelal onderdeel uitmaken van een systeem, is het belangrijk dat het systeem als geheel ook consistent is. Inconsistenties kunnen een negatief effect hebben op de rechtsbeschermende werking van een wettelijke regeling. Bekeken moet daarom worden of wettelijke regelingen op hetzelfde niveau op elkaar aansluiten. Ook hogere en lagere regelingen moeten in logisch verband met elkaar staan. Ingeval

van inconsistentie tussen hogere en lagere regelingen dienen de lagere te worden aangepast.

10.3 Rechtsbescherming in de psychogeriatric?

In de vorige paragraaf stond de wijze waarop beoordeeld kan worden in hoeverre sprake is van voldoende rechtsbescherming centraal. Deze paragraaf gaat nader in op de vraag in hoeverre van voldoende rechtsbescherming sprake is bij de vijf thema's die relevant werden geacht met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperking bij psychogeriatric patiënten.

10.3.1 Vertegenwoordiging

10.3.1.1 Kaders

Het wettelijk kader met betrekking tot vertegenwoordiging bij toepassing van vrijheidsbeperking wordt bepaald door drie wetten, te weten de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo), de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet bopz) en de Wet mentorschap. De Wgbo regelt wanneer een vertegenwoordiger moet worden ingeschakeld, wie bevoegd zijn om te vertegenwoordigen en hoe vertegenwoordigd moet worden. Deze vertegenwoordigingsregeling is van toepassing op al die situaties waarin sprake is van een behandelingsovereenkomst. De voorziening voor vertegenwoordiging in de Wet bopz, die geldt voor de situatie dat een psychogeriatric patiënt onvrijwillig is opgenomen in een verpleeginrichting, kent in grote lijnen dezelfde inhoud. De Wet mentorschap is bedoeld voor de situatie dat een geschikte vertegenwoordiger ontbreekt, dat er onenigheid binnen de familie is over de wijze waarop vertegenwoordigd moet worden, of anderszins behoefte is aan een door de rechter bekrachtigde vertegenwoordiging. De rechter kan dan een mentor benoemen die bevoegd is over niet-vermogensrechtelijke zaken te beslissen. Een andere mogelijkheid is de benoeming van een curator, die naast immateriële zaken tevens bevoegd is te vertegenwoordigen inzake materiële aangelegenheden.

Alle drie de wettelijke regelingen zijn bedoeld om adequate rechtsbescherming te bieden in die situaties waarin iemand zelf niet in staat is om zijn belangen naar behoren te behartigen.

Wanneer iemand niet in staat is tot een redelijke belangenafweging (wilsonbekwaamheid) wordt vertegenwoordiging opportuun. De Wgbo en de Wet bopz gaan er daarbij vanuit dat iemand wilsbekwaam is tot het tegendeel blijkt. Mentorschap of curatele maakt iemand daarentegen handelingsonbevoegd c.q. handelingsonbekwaam. Uitsluitend wanneer de mentor – en via een schakelbepaling tevens de curator – van oordeel is dat iemand in een bepaald geval in staat is tot een redelijke belangenafweging, dient hij op basis van de Wet mentorschap te bevorderen dat de betrokkene de rechtshandeling zelf verricht.

Geen van de wetten geeft een nadere omschrijving hoe de wilsonbekwaamheid bepaald moet worden.

De Wgbo en de Wet bopz brengen een rangorde aan in degenen die bevoegd zijn om te vertegenwoordigen. Eerst bevoegd zijn wettelijke vertegenwoordigers, vervolgens persoonlijk gemachtigden en als laatste onbenoemde vertegenwoordigers (echtgenoot/partner, en ouders, kinderen, broers of zusters). De twee wetten maken geen onderscheid in bevoegdheden tussen de verschillende vormen van vertegenwoordiging.³

³ Een bijzondere rol kan de wettelijke vertegenwoordiger op grond van de Wet bopz wél hebben bij de opname van een patiënt in een psychiatrisch ziekenhuis. Indien hij de op-

Voor de invulling van de taken worden door geen van de drie wetten concrete richtlijnen gegeven. Wel wordt gesteld dat vertegenwoordigers dienen te handelen als goed vertegenwoordiger, respectievelijk goed mentor.

De Wgbo geeft geen oplossing voor de situatie dat geen van de in deze wet genoemde vertegenwoordigers voorhanden is. Wel werd door het kabinet bij de totstandkoming van de Wgbo de zaakwaarneming uitdrukkelijk genoemd als vangnet voor deze omstandigheid. Onduidelijk is echter welke de bevoegdheden van de zaakwaarnemer zijn in vergelijking met de 'echte' vertegenwoordiger. Uit de parlementaire stukken blijkt slechts dat die minder ver reiken, maar dat het ter beoordeling van de hulpverlener staat waar de grenzen liggen.

10.3.1.2 Uitvoering

Knelpunten in de uitvoering van de vertegenwoordigingsregelingen blijken zich voor te doen op het terrein van de wilsonbekwaamheidsbepaling, de invulling van goed vertegenwoordigerschap en de situatie dat geen door de wet genoemde vertegenwoordiger voorhanden is.

In de praktijk vinden beslissingen met betrekking tot de bepaling van wilsonbekwaamheid meer op basis van gevoel plaats, dan dat er objectieve afwegingen worden gemaakt. Het gevaar voor willekeur bij de beoordeling is daardoor groot. Zorgverleners leggen een bevinding van wilsonbekwaamheid doorgaans niet in een dossier vast, zodat van transparantie geen sprake is. Een bijkomend probleem is dat de reikwijdtes van de Wgbo en de Wet mentorschap elkaar grotendeels overlappen. Onduidelijk is dan wie bevoegd is over de wilsbekwaamheid van de patiënt te oordelen, de hulpverlener of de mentor. De Wgbo wijst de hulpverlener als verantwoordelijke aan, terwijl de Wet mentorschap de mentor verantwoordelijk maakt. Of deze onduidelijkheid in de praktijk ook tot knelpunten leidt is op basis van dit onderzoek overigens niet vast te stellen. Daarvoor is het percentage mentoren in de psychogeriatric veel te klein.

Voor de invulling van het goed vertegenwoordigerschap en goed mentorschap geeft de wet, zoals gezegd, geen nadere instructies. Niet alleen is het waarschijnlijk mede hierdoor lastig de vertegenwoordigerstaak goed in te vullen, het is ook moeilijk om te toetsen of de taak naar behoren wordt ingevuld. Zowel bij de invulling van de vertegenwoordiging als bij de beoordeling ervan is het gevaar voor willekeur groot.

Zolang vertegenwoordiger en hulpverlener het met elkaar eens zijn, worden in de praktijk geen knelpunten ervaren. Dat betekent echter niet zonder meer dat er dan ook goed vertegenwoordigd wordt. Een hulpverlener die van oordeel is dat een vertegenwoordiger zijn taak niet goed uitvoert kan aan diens beslissing voorbijgaan. Bij toepassing van vrijheidsbeperking lijkt men niet snel geneigd dit te doen. Hulpverleners tenderen eerder naar het overreden van vertegenwoordigers, zonodig met behulp van drang. Vertegenwoordigers wordt dan bijvoorbeeld voorgehouden dat geen adequate zorg meer kan worden verleend, of dat de vertegenwoordiger zelfs de zorg zelf op zich zal moeten nemen.

Geschillen over goed vertegenwoordigerschap kunnen in de psychogeriatric feitelijk alleen voor de rechter komen wanneer een vertegenwoordiger in rechte klaagt over de wijze waarop een hulpverlener zijn taak invult. Hij kan dan stellen dat een hulpverlener niet als goed hulpverlener heeft gehandeld door aan een vertegenwoordigersbeslissing voorbij te gaan. In de praktijk blijken vertegenwoordigers dit niet te doen. Uit de jurisprudentie zijn hierover uit de psychogeriatric geen uitspraken bekend die betrekking hebben op toepassing van een vrijheidsbeperking.

neming weigert moet een rechterlijke machtiging volgen. Een weigering van andere vertegenwoordigers heeft geen juridische gevolgen voor de opnemings-

Regelmatig komt het voor dat de personen die door de Wgbo of Wet bopz genoemd worden niet voorhanden zijn om psychogeriatrische patiënten te vertegenwoordigen. Zelden wordt in zulke gevallen een mentorschap aangevraagd door een instelling. Lang niet alle zorgaanbieders zijn daar overigens ook rechtstreeks toe bevoegd. Extramurale instellingen zoals de thuiszorg moeten zich wenden tot de Officier van Justitie om een zodanig verzoek in te stellen bij de rechter. Dikwijls gaan zorgverleners over tot het bespreken van aangelegenheden van de patiënt met andere naasten die nog voorhanden zijn, zoals verre familieleden, vrienden of bureu. Juridisch zou dit kunnen worden gekwalificeerd als zaakwaarneming. In de praktijk wordt niet of nauwelijks onderscheid gemaakt tussen een vertegenwoordiger uit de Wgbo of een zaakwaarnemer. Beiden hebben dus in feite dezelfde bevoegdheden.

10.3.1.3 Beoordeling

De Wgbo en de Wet bopz hebben voor veel situaties duidelijk gemaakt wie bevoegd is om te vertegenwoordigen als een patiënt hiertoe zelf niet in staat is. Bij psychogeriatrische patiënten komt het echter nogal eens voor dat geen vertegenwoordiger voorhanden is. Met de Wet mentorschap wordt hiervoor weliswaar een vangnet geboden, maar in de praktijk blijkt dat die onvoldoende wordt benut. De aanvraag voor een mentor is wellicht te tijdrovend en omslachtig. Daarnaast legt de wet ook geen verplichting op aan zorgaanbieders om een mentorschap aan te vragen, waardoor men eerder voor andere oplossingen lijkt te kiezen. Zo'n oplossing is de zaakwaarneming. Nadeel van deze mogelijkheid is dat onduidelijk is wat de bevoegdheden van de zaakwaarnemer zijn en waar de grenzen liggen. In de praktijk kennen zorgverleners aan de zaakwaarnemer dezelfde bevoegdheden toe als de 'Wgbo-vertegenwoordiger'. Door de wetgever kan dit zo niet bedoeld zijn, maar de wet biedt hiertoe wel de ruimte. Dit roept de vraag op of zaakwaarneming wel een adequate rechtsbescherming biedt.

Verder werd in hoofdstuk 5 de vraag gesteld of de in Nederland gehanteerde vertegenwoordigingspraktijk wel aan de eis voldoet die voortvloeit uit het door Nederland weliswaar ondertekende, maar nog niet geratificeerde Verdrag voor de rechten van de mens en de biogeneeskunde, namelijk dat een wilsonbekwame patiënt in alle gevallen van een adequate vertegenwoordiging moet zijn voorzien.

Het feit dat wilsonbekwaamheid en goed vertegenwoordigerschap in de wet niet nader worden bepaald, levert een gevaar voor willekeur op bij de invulling en de beoordeling van deze begrippen. Op zichzelf hoeft dit geen probleem te zijn, mits in de praktijk een correctiemechanisme bestaat. De bestaande mechanismen lijken echter ontoereikend nu er feitelijk geen gebruik van wordt gemaakt. Daardoor ontstaat geen jurisprudentie die de begrippen nader kan duiden en aldus een leidraad kan vormen voor vertegenwoordigers en zorgverleners.

10.3.1.4 Conclusie en aanbevelingen

Hoewel de rechtsbescherming binnen de context van de behandelingsovereenkomst of binnen de onvrijwillige opname door de vertegenwoordigingsregelingen op papier is toegenomen, moet de conclusie door de tekortkomingen die de wetgeving nog bevat luiden dat de rechtsbescherming van psychogeriatrische patiënten thans nog onvoldoende is.

In de eerste plaats verdient het aanbeveling dat de wet meer dan nu het geval is waarborgt dat een wils(on)bekwaamheidsbeoordeling op een objectieve en inzichtelijke wijze plaatsvindt. Een bevinding van wilsonbekwaamheid zou, vanwege het ingrijpende ka-

rakter ervan, toetsbaar moeten zijn. Dit geldt zeker voor situaties waarin sprake is van belangrijke beslissingen, zoals bij toepassingen van vrijheidsbeperking. Het is moeilijk om in een wet inhoudelijke criteria voor wilsonbekwaamheid vast te leggen. Belangrijk is dat daarom om te beginnen procedurele waarborgen worden geboden. Een voorbeeld is het invoeren van een plicht om een bevinding van onbekwaamheid bij bepaalde beslissingen vast te leggen in het dossier, alsmede de redenen die tot deze bevinding hebben geleid. Een en ander neemt niet weg dat het belangrijk is dat men in het veld blijft proberen ook meer inhoudelijke criteria en onderzoeksmethodes te ontwikkelen die het vaststellen van wilsonbekwaamheid kunnen verbeteren.⁴

Een tweede aanbeveling is dat er in alle zorgsituaties, met uitzondering wellicht van spoedsituaties, een deugdelijke vertegenwoordigingsregeling is. Dat geldt in ieder geval voor die situaties waarin vrijheidsbeperkingen worden toegepast. Een mogelijkheid zou kunnen zijn om een zorgverlener te verplichten een procedure tot instelling van een mentorschap in gang te zetten, wanneer geen van de in de Wgbo genoemde personen als vertegenwoordiger kan optreden. Een rechter kan dan beoordelen in hoeverre anderen dan degenen die in de Wgbo worden genoemd, geschikt zijn om als zodanig op te treden. Nagedacht dient echter wel te worden over de situatie waarin helemaal niemand uit de omgeving van de patiënt voorhanden is. Verder zou een oplossing gevonden moeten worden voor de inconsistenties die bestaan tussen Wet mentorschap en Wgbo.

In de derde plaats zou de wetgeving meer incentives moeten bevatten om een leidraad te laten ontstaan voor goed vertegenwoordigerschap. Dat zou bijvoorbeeld kunnen gebeuren door een conflictregeling voor vertegenwoordigers en hulpverleners te introduceren, waarvan ook de hulpverlener die het niet eens is met de vertegenwoordiger van een patiënt gebruik zou moeten maken. Een andere mogelijkheid is het creëren of ondersteunen van kenniscentra die zich specialiseren in vertegenwoordiging en die kunnen fungeren als vraagbaak voor vertegenwoordigers.

10.3.2 Opneming

Bij dementie maakt het voortschrijdend ziekteproces in veel gevallen een verblijf in de oorspronkelijke, zelfstandige woonomgeving onmogelijk en is opneming in een zorgvoorziening onvermijdelijk. Omdat psychogeriatrische patiënten zelf meestal niet meer in staat zijn om een dergelijke beslissing te nemen en de opneming dikwijls gevolgen heeft voor de vrijheid om te gaan en te staan waar zij willen, kan opneming in veel gevallen worden gekwalificeerd als vrijheidsbeperking. Soms is zo'n opneming zelfs aan te merken als vrijheidsbeneming, bijvoorbeeld wanneer tijdens het verblijf in een instelling tevens fysieke vrijheidsbeperkingen zoals fixatie worden toegepast. Zeker wanneer de patiënt zich zowel tegen het verblijf als de fixatie verzet, is sprake van vrijheidsbeneming.

⁴ Het kabinet vermeldt in zijn standpunt naar aanleiding van de tweede bopz-evaluatie dat in het kader van het onderzoeksprogramma 'Ethiek en Beleid' diverse onderzoeken worden uitgevoerd. Daarnaast probeert het kabinet te bevorderen dat de positie van wilsonbekwamen onderwerp wordt van discussie en reflectie binnen de zorgpraktijk. Zie Handelingen Tweede Kamer, 28 439. nr. 2., Vergaderjaar 2002-2003, p. 38. Zie ook een themanummer over Wilsbekwaamheid bij ouderen van het Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatrie, nr. 5 jaargang 33, november 2002, met daarin onder meer een artikel van Vellinga, A., J.H. Smit, E. Leeuwen, van, et al., 2002. Hierin wordt de bruikbaarheid van een methode voor wilsonbekwaamheidsbepaling besproken.

Beide begrippen komen voor in verdragen van de Raad van Europa. Het Europese verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Evrn) hanteert het begrip 'vrijheidsbeneming', terwijl het Vierde Protocol bij dit verdrag 'vrijheidsbeperking' gebruikt. Uit jurisprudentie van het Europees Hof voor de rechten van de mens blijkt – net als uit het hiervoor gegeven voorbeeld – dat tussen deze twee begrippen een glijdende schaal bestaat, hetgeen met zich meebrengt dat vrijheidsbeperkingen onder omstandigheden als vrijheidsbeneming kunnen worden beschouwd. Wanneer dit het geval is gelden zwaardere eisen. Voor zowel vrijheidsbeperking als vrijheidsbeneming is een wettelijke basis noodzakelijk, maar ingeval van vrijheidsbeneming moet de procedure aan zekere voorwaarden voldoen en dient een feitelijke toegang tot de rechter verzekerd te zijn teneinde de rechtmatigheid van de maatregel door deze te kunnen laten beoordelen (art. 5 lid 4 Evrn). Vrijheidsbeneming wordt daarnaast ook in art. 15 van de Grondwet verboden als er geen wettelijke grondslag is.

10.3.2.1 *Kaders*

De Nederlandse wetgeving kent één wet die expliciet opnemingsprocedures regelt voor psychogeriatrische patiënten, en wel de Wet bopz. Deze wet treft een voorziening voor onvrijwillige opnemingen in instellingen die een aanmerking hebben verkregen als psychiatrisch ziekenhuis. Een dergelijke vergunning kan voor wat betreft de psychogeriatric door de minister van VWS worden verleend aan psychiatrische ziekenhuizen, (afdelingen van) verpleeghuizen en afdelingen van verzorgingshuizen.

De Wet bopz beoogt rechtsbescherming te bieden tegen ongeoorloofde onvrijwillige opnemingen en heeft bovendien het maximaal respecten van het beginsel van zelfbeschikking tot doel.

Er zijn drie opnemingsprocedures. Twee zijn bedoeld voor patiënten met een geestelijke stoornis die niet de nodige bereidheid tonen tot opneming.⁵ In de eerste plaats is dat de rechterlijke machtiging. Deze kan nader worden onderverdeeld in de voorlopige machtiging, de voorwaardelijke machtiging, de machtiging op eigen verzoek, de voortgezette machtiging en in de toekomst waarschijnlijk ook de observatiemachtiging. In de tweede plaats kent de wet de inbewaringstelling, die door de burgemeester in spoedeisende situaties kan worden afgegeven voor patiënten met een geestelijke stoornis die gevaar veroorzaken voor zichzelf of voor hun omgeving.

De derde opnemingsprocedure is de indicatieprocedure. Die is uitsluitend van kracht bij opneming in een verpleeginrichting of een instelling voor verstandelijk gehandicaptenzorg. Alleen patiënten die niet de nodige bereidheid tot opneming tonen, maar zich tegen die opneming ook niet verzetten komen voor deze procedure in aanmerking. De beoordelende instantie is het regionaal indicatieorgaan (RIO). De procedure, waarvoor de basis wordt gelegd in art. 60 bopz, wordt nader uitgewerkt in het Zorgindicatiebesluit (Zib).

Andere instellingen dan hiervoor werden genoemd, zoals bijvoorbeeld kleinschalige woonvoorzieningen, kunnen geen bopz-aanmerking verkrijgen en vallen dus buiten de reikwijdte van de Wet bopz. Bij opneming in deze voorzieningen is de Wgbo van toepassing, mits de overeenkomst die met de zorgaanbieder wordt gesloten gekwalificeerd kan worden als behandelingsovereenkomst. De algemene doelstelling van deze wet is het verduidelijken en versterken van de rechtspositie van de patiënt, rekening houdend met de eigen verantwoordelijkheid van de hulpverlener voor zijn handelen als goed hulpverlener. Ook in de Wgbo neemt zelfbeschikking een belangrijke positie in, hetgeen tot uitdrukking komt in het informed consent-principe.

⁵ In verpleeginrichtingen is de rechterlijke machtiging uitsluitend bedoeld voor personen die zich verzetten tegen de opneming.

De Wgbo heeft geen specifieke procedure voor opname in een zorgvoorziening. De zorgaanbieder sluit in zijn hoedanigheid als hulpverlener een overeenkomst met een opdrachtgever. Wanneer het om opname van een psychogeriatric patiënt gaat, zal de opdrachtgever in de meeste gevallen een ander dan de patiënt betreffen.

Indien de overeenkomst met de zorgaanbieder niet kan worden gekwalificeerd als behandelingsovereenkomst, moet worden teruggevallen op het algemene overeenkomstenrecht. Dit kan het geval zijn wanneer geen arts bij de zorgverlening betrokken is en de opname ook niet anderszins kan worden aangemerkt als een verrichting die betrekking heeft op het beoordelen, het verbeteren van de gezondheidstoestand van de patiënt of op het voorkomen van aandoeningen.⁶ Ook hier wordt een overeenkomst gesloten tussen de zorgaanbieder en een andere partij. In het geval van een psychogeriatric patiënt is het hier eveneens mogelijk dat een ander de overeenkomst sluit. De overeenkomst kan bijvoorbeeld een combinatie zijn van een huurovereenkomst en een overeenkomst van opdracht tot het verlenen van zorg. Die zorg kan dan onder andere huishoudelijke of persoonlijke verzorging betreffen.

10.3.2.2 Uitvoering

Het overgrote deel van de onvrijwillige opnames vindt plaats door middel van een indicatieprocedure. Slechts een klein percentage geschiedt door middel van een rechterlijke machtiging, terwijl het aantal inbewaringstellingen te verwaarlozen is.

De rechtsbescherming bij de indicatieprocedure laat echter te wensen over. Deze is ingesteld met het idee dat een rechterlijke uitspraak moet volgen, zodra de patiënt op enig moment tijdens de opnameprocedure of het verblijf in de instelling blijf geeft van verzet daartegen. In de praktijk wordt verzet tegen opname of verblijf zelden of nooit geconstateerd door indicatiecommissies of zorgverleners. Niet iedere uiting van bezwaar van patiënten wordt als verzet gekenmerkt. Daardoor komen slechts weinig opnames voor beoordeling van de rechter in aanmerking. Als er sprake is van verzet dan blijkt dit slechts van kortstondige duur te zijn. Ook wanneer een rechterlijke machtiging is verleend doet dit verschijnsel zich voor. Patiënten lijken zich na enige tijd te schikken in de nieuwe situatie, of hebben geen weet meer van hun leven voor het verblijf in de instelling en uiten geen verzet meer. Dit laatste heeft overigens tot gevolg dat wanneer een rechterlijke machtiging afloopt, in het algemeen geen verlenging meer plaatsvindt en de patiënt vervolgens vrijwillig binnen de instelling verblijft. Dat betekent echter dat de interne rechtspositieregeling, die extra rechtsbescherming na opname beoogt, dan ook niet meer van toepassing is.

De indicatieprocedure is in vergelijking met die van de rechterlijke machtiging met minder waarborgen omkleed. Zo is geen onafhankelijk medisch advies vereist. Ook is het handhavingscriterium voldoende voor opname, waar bij de rechterlijke machtiging het gevaarscriterium geldt. Sinds 2002 vermeldt het Zorgindicatiebesluit (Zib) dat de geldigheidsduur van een indicatiebesluit niet onbeperkt is, maar anders dan de rechterlijke machtiging bevat noch het Zib, noch de Wet bopz een maximumtermijn.

Zoals gesteld is de Wgbo dikwijls van toepassing bij opname van patiënten op plaatsen waar de Wet bopz niet geldt. De Wgbo vormt tevens het wettelijk kader bij opnames in bopz-aangemerkte instellingen, wanneer een patiënt in staat is om ten aanzien van de opname een redelijke belangenafweging te maken. Ongeveer een vijfde van de patiënten wordt nog op deze wijze in verpleeghuizen opgenomen. Het RIO dient

⁶ Een voorbeeld waarin een opname meestal niet als behandelingsovereenkomst zal kunnen worden gekwalificeerd is de verhuizing naar een aanleunwoning.

in al deze gevallen nog steeds een indicatieprocedure uit te voeren. Wanneer het een instelling betreft die niet in het kader van de Wet bopz is aangemerkt als psychiatrisch ziekenhuis of wanneer de opname in de bopz-instelling vrijwillig plaatsvindt, gaat het echter niet om een bopz-indicatie, maar om een AWBZ-indicatie. De procedure is echter gelijk aan de bopz-indicatie, omdat beide worden geregeld door het Zorgindicatiebesluit. Wel richt het oordeel zich op een ander onderdeel. Bij de bopz-indicatie gaat het om de vraag of iemand zich nog buiten de instelling kan handhaven. Bij de AWBZ-indicatie moet worden bekeken of iemand zorg behoeft die in het Besluit zorgaanpakken AWBZ (Bza) wordt genoemd. Er kan geïndiceerd worden voor zeven zorgvormen, waarvan verblijf er één is. Bij een AWBZ-indicatie wordt in tegenstelling tot de bopz-indicatie niet onderzocht of de patiënt instemt met de zorg waarvoor wordt geïndiceerd. Het gaat slechts om een oordeel over de zorgbehoefte. Van bescherming van het recht op zelfbeschikking of vrijheid is dus niet echt sprake. Wel ontstaat op die manier een uitspraak over de vraag of bepaalde zorg noodzakelijk is.

De waarborg die de Wgbo bij opname biedt is dat de vertegenwoordiger hiermee moet instemmen, indien de patiënt zelf wilsonbekwaam is bevonden. Als een patiënt zich verzet tegen opname in een instelling waar de Wet bopz niet geldt, moet deze voldoen aan de voorwaarden die art. 7:465 lid 6 BW stelt bij dwangbehandeling. Dat betekent dat de patiënt wilsonbekwaam moet zijn bevonden, de vertegenwoordiger moet hebben ingestemd met de opname, en dat de opname kennelijk noodzakelijk moet zijn om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen.

Er is geen wettelijke basis voor een gedwongen opname van een wilsonbekwame patiënt op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is.

Wanneer een gedwongen opname van een wilsonbekwame patiënt op een plaats waar de Wet bopz niet van toepassing is plaatsvindt in combinatie met een toepassing van vrijheidsbeperking, rijst de vraag of de opname dan niet als vrijheidsbeneming moet worden gekwalificeerd. De vraag is dan ook of de wettelijke basis van art. 7:465 lid 6 BW voldoende is voor de procedurele vereisten die art. 5 Evrm hieraan stelt en bovendien of feitelijke toegang tot de rechter dan wel voldoende is gewaarborgd.

In de praktijk doet zich dit probleem echter niet zichtbaar voor, omdat evenmin als in bopz-instellingen verzet wordt geconstateerd bij de opname. Als het zich al voordoet dan is het verzet niet blijvend, waardoor de praktijk kennelijk geen reden ziet om dit als een probleem te beschouwen.

Wanneer de Wgbo ook niet van toepassing is op de opname zijn er weinig waarborgen. Vertegenwoordiging kan plaatsvinden door middel van zaakwaarneming. Voor een gedwongen opname ontbreekt een wettelijke basis, waardoor deze niet toelaatbaar kan worden geacht. Ook op dit soort plaatsen doet dit probleem zich in de praktijk niet – althans niet zichtbaar – voor.

10.3.2.3 Beoordeling

Uit het voorgaande blijkt dat slechts bij weinig opnames voldoende rechtsbescherming wordt geboden. Voldoende rechtsbescherming is er in die situaties waarin een rechter een uitspraak doet over de noodzaak ervan. Dit is het geval bij de rechterlijke machtiging en – in een iets later stadium van de procedure – de inbewaringstelling. Minder dan tien procent van de opnames in bopz-aangemerkte verpleeghuizen en afdelingen van verzorgingshuizen vindt op die manier plaats.

Bopz-indicatieprocedures, waarmee de meeste psychogeriatrische patiënten in bopz-instellingen worden opgenomen, beogen weliswaar voldoende rechtsbescherming, met name ook vanwege het feit dat bij verzet de rechter moet worden ingeschakeld, maar in de praktijk komt daar weinig van terecht. De belangrijkste oorzaak is dat bezwaren van

patiënten niet snel als verzet worden bestempeld. In de praktijk blijkt het buitengewoon lastig om verzet vast te stellen. In de volgende paragraaf wordt hier uitgebreider op ingegaan. Hier volstaat te vermelden dat het niet constateren van verzet ertoe leidt dat de rechter niet wordt ingeschakeld.

Een tweede knelpunt is het feit dat er geen goede follow-up is wanneer de indicatiecommissie wél verzet constateert. Het RIO is niet verplicht om de rechter in te schakelen. Een AWBZ-indicatie blijft bovendien noodzakelijk. Dit kan verwarrend zijn, omdat het mogelijk is dat deze onterecht wordt aangezien voor een bopz-indicatie. Door de lange wachtlijst kan het verzet van de patiënt ontaarden in berusting of apathie. Daardoor verdwijnt de prikkel om de rechter in te schakelen. Het aanvragen van een rechterlijke machtiging wordt daarnaast vaak als een grote belasting gezien voor de familie.

Onlogisch is het feit dat slechts extra bescherming wordt geboden op plaatsen waar de Wet bopz van toepassing is, zeker om dat de vergunning daartoe – de zogeheten aanmerking als psychiatrisch ziekenhuis – door instellingen zelf moeten worden aangevraagd. Daarbij moet worden voldaan aan stringente voorwaarden. Weliswaar wordt de controle op de kwaliteit daardoor groter, maar instellingen die geen aanmerking aanvragen blijven buiten de reikwijdte van het wettelijk systeem. Verzorgingshuizen ervaren weinig stimulans om een aanmerking aan te vragen, omdat dit allerlei verplichtingen met zich meebrengt terwijl daar voor de instelling maar weinig tegenover staat.

De Wgbo biedt nauwelijks waarborgen. Weliswaar moet een vertegenwoordiger instemmen met opname van een wilsonbekwame patiënt, maar verdere bescherming is hooguit gelegen in het feit dat een eventuele dwangopname extra moet kunnen worden onderbouwd. Dwangbehandeling wordt echter, mede door de problemen met de interpretatie van verzet (art. 7:465 lid 6 BW), nauwelijks geconstateerd.

Voor plaatsen waar de Wgbo ook niet geldt biedt de wet helemaal geen waarborgen, maar worden ook geen problemen in de praktijk ervaren. Er is echter geen enkel zicht op de vraag of die problemen zich in de praktijk dan ook niet voordoen of dat aan die problemen voorbij wordt gegaan.

10.3.2.4 Conclusie en aanbevelingen

De conclusie luidt dat de rechtsbescherming bij opname in zorgvoorzieningen op alle terreinen nog tekort schiet voor patiënten van wie niet op voorhand duidelijk is dat zij zich verzetten, zodat de rechter wordt ingeschakeld. Weliswaar biedt de Wet bopz op papier een adequate regeling voor onvrijwillige opname maar in de praktijk komt daar weinig van terecht. De oorzaak is dat de beoordeling van verzet zo'n grote rol speelt in de indicatieprocedure, de voorziening waarvan in de psychogeriatric het meest gebruik wordt gemaakt. De Wet bopz geldt bovendien voor veel instellingen niet, waardoor patiënten verstoken blijven van de door deze wet geboden rechtsbescherming. Andere regelingen bieden bovendien op dit punt onvoldoende soelaas.

Het is aan te bevelen om bij opname in welke zorgvoorziening dan ook, dezelfde mate van rechtsbescherming te bieden. Het ingrijpende karakter van een dergelijke maatregel is bij psychogeriatric patiënten immers niet alleen afhankelijk van de aard van de instelling, maar ook van de vrijheidsbeperkingen die eventueel daarna worden genomen. Voor alle zorgvormen geldt bovendien dat de opname doorgaans een duurzaam karakter heeft en de patiënt uit de eigen vertrouwde omgeving wordt gehaald. Aanbevelenswaard is bovendien dat het aanmerkingensysteem dat nu in de Wet bopz is opgenomen in een nieuwe wettelijke regeling niet meer wordt opgenomen.

Bij de oorspronkelijke versie van de Wet bopz werd de rechter bevoegd om in alle gevallen waarbij de patiënt niet weloverwogen instemde met opname de rechter in te scha-

kelen. Uiteindelijk heeft deze procedure het niet gehaald, omdat deze praktisch onhaalbaar werd geacht. Dit probleem is in de loop van de jaren alleen maar toegenomen, zodat het inschakelen van de rechter ten behoeve van opnemings van psychogeriatrische patiënten in alle zorgvoorzieningen een heilloze weg is. Om te voorkomen dat een nieuw orgaan in het leven moet worden geroepen die de opnemings van psychogeriatrische patiënten beoordeelt, verdient het aanbeveling aan te sluiten bij bestaande voorzieningen. Het Regionaal Indicatieorgaan (RIO) indiceert de zorgbehoefte van patiënten en dient in het kader van de AWBZ reeds patiënten te beoordelen. Daarom ligt het voor de hand net als onder de Wet bopz ook in de toekomst dit orgaan de opnemings van psychogeriatrische patiënten te laten beoordelen, maar dan voor alle zorgvoorzieningen. In dat geval zullen de bezwaren die tegen de huidige procedure kunnen worden ingebracht echter wel moeten worden ondervangen.

Wanneer er voor gekozen wordt om een soortgelijke procedure als de indicatieprocedure ten aanzien van opnemings te handhaven, moet in ieder geval dezelfde onafhankelijke deskundigheid worden gewaarborgd als bij de machtigingsprocedure. Dat betekent dat er ook een schriftelijke rapportage van een onafhankelijke deskundige zou moeten zijn. Aan te bevelen is daarbij tevens dat veel meer aandacht wordt besteed aan de wilsbekwaamheidsbepaling van psychogeriatrische patiënten. Vanwege het ingrijpende karakter van de opnemings zou zo'n beslissing transparant moeten zijn. Dat houdt in dat de beslissing tot opnemings objectief moet kunnen worden vastgesteld en dusdanig dient te zijn opgesteld dat zij inzichtelijk is voor anderen. Ook de noodzaak van de opnemings moet objectief bepaalbaar zijn.

Een discussiepunt blijft de vraag of een onafhankelijke rechter gewaarborgd zou moeten blijven voor situaties waarin verzet wordt geconstateerd. In dat geval zouden ook richtlijnen moeten worden ontwikkeld om het begrip 'verzet' te operationaliseren. Nadeel is dat de moeilijkheden rondom het begrip 'verzet' in de praktijk waarschijnlijk zullen blijven voortbestaan.⁷ Beter is daarom wellicht de indicatieprocedure zodanig te verbeteren dat de waarborgen die deze biedt vergelijkbaar kunnen worden geacht met die van de rechter. Het Europees Hof verlangt overigens niet dat de beoordeling tot opnemings gebeurt door een rechterlijke instantie. De minimumvoorwaarde die wordt gesteld is dat dit gedaan wordt door een 'appropriate authority'.⁸ Na onvrijwillige opnemings moet echter daarnaast op grond van art. 5 lid 4 Evrm ook de mogelijkheid bestaan om de rechtmatigheid van een vrijheidsbeneming te laten beoordelen door een rechterlijke instantie. Wellicht zal daarom om aan deze bepaling te blijven voldoen, voor een patiënt die bij onvrijwillige opnemings toegang tot de rechter wenst, een dergelijke toegang feitelijk mogelijk moeten blijven.⁹

⁷ Het Landelijk Bureau Ethiek in de Zorg ontwikkelt in opdracht van Arcares een handreiking voor het veld waarin de begrippen, goede zorg, autonomie en verzet nader worden ingevuld. Het begrip verzet zal hierbij niet geïsoleerd worden uitgewerkt maar worden ingebed in een ruimere visie op zorg. Zie Handelingen Tweede Kamer, 28 439. nr. 2., Vergaderjaar 2002-2003, p. 37.

⁸ Het Europees hof verlangt niet dat een beoordeling gebeurt door een rechterlijke instantie. De minimumvoorwaarde die wordt gesteld is dat dit gedaan wordt door een 'appropriate authority'. Zie hierover Winterwerp, EHRM 24-10-'79, NJ 114, 1980 par. 45.

⁹ Zie Winterwerp, EHRM 24-10-'79, NJ 114, 1980 en H.L.-United Kingdom, EHRM, 4-10-'04, no. 45508/99, 2004. Ook bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming hoeft het echter niet te gaan om een instantie behorende tot de rechterlijke macht, maar om wel om een orgaan dat voldoende onafhankelijk is. Verder moet de procedure ook anderszins aan minimumvoorwaarden voldoen.

10.3.3 Vrijheidsbeperking

10.3.3.1 Kadern

Vrijheidsbeperkingen kunnen worden toegepast op patiënten die onvrijwillig opgenomen zijn in het kader van de Wet bopz. De wet gebruikt daarbij het begrip 'middelen en maatregelen' die nader worden gedefinieerd in het Besluit middelen en maatregelen Wet bopz. Het gaat om afzondering, separatie, fixatie, dwangmedicatie en voedsel of vochttoediening onder dwang. Separatie is in verpleeginrichtingen niet toegestaan. Verder kent de wet nog enkele andere (vrijheids)beperkingen, vermeld in art. 40, die onder voorwaarden kunnen worden toegepast. Eén daarvan betreft het opleggen van beperkingen in de bewegingsvrijheid.

Vrijheidsbeperkingen kunnen in drie 'hoedanigheden' worden aangewend: met toestemming, bij wijze van dwangbehandeling of in het kader van een noodsituatie.

Na de onvrijwillige opname dient een behandelingsplan te worden opgesteld met als doel het dermate verbeteren van de stoornis dat het gevaar op grond waarvan de patiënt is opgenomen, wordt weggenomen. Voor dit plan moet toestemming worden gegeven door de patiënt of in geval van wilsonbekwaamheid door diens vertegenwoordiger.

De vraag of dwangbehandeling mag worden toegepast komt aan de orde wanneer de patiënt of diens vertegenwoordiger uitvoering van het behandelingsplan of een deel daarvan weigert. De behandeling mag dan toch worden doorgezet wanneer dit noodzakelijk is om gevaar dat voortvloeit uit te stoornis af te wenden. Het gevaar kan de patiënt zelf betreffen, maar ook anderen.

Ook buiten het kader van de Wet bopz kunnen vrijheidsbeperkingen worden toegepast en wel op de voet van de Wgbo. Vrijheidsbeperkingen kunnen een onderdeel vormen van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Ook dan is toestemming nodig van de patiënt of indien deze geen redelijke belangenafweging kan maken van diens vertegenwoordiger.

Als de patiënt wilsonbekwaam is kunnen geen vrijheidsbeperkingen worden toegepast bij wijze van dwangbehandeling. Als hij wilsonbekwaam is, is dit wel mogelijk wanneer de vertegenwoordiger vervangend toestemming heeft gegeven. Ook dient de uitvoering strikt noodzakelijk te zijn om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen. Verder bevat de Wgbo evenals de Wet bopz een bepaling die het mogelijk maakt in noodsituaties vrijheidsbeperkingen toe te passen wanneer uitvoering nodig is om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen.

De reikwijdte van de Wgbo ten aanzien van vrijheidsbeperkingen is niet helder. Zeker is dat art. 7:465 lid 6 BW die de basis biedt voor dwangbehandeling, oorspronkelijk niet is bedoeld om vrijheidsbeperkingen toe te passen. Deze bepaling beoogt evenals de Wet bopz bescherming te bieden tegen het onder alle omstandigheden kunnen uitvoeren van ingrijpende behandelingen in geval van wilsonbekwaamheid van de patiënt. In jurisprudentie en literatuur is verschillende malen opgemerkt dat de Wgbo vrijheidsbeperkingen toelaat. Daarentegen werd door sommigen gesteld dat de Wgbo geen ruimte biedt om vrijheidsbeperking toe te passen. Uitgebreide analyse in hoofdstuk 7 liet echter zien dat die ruimte er wel degelijk is.

Buiten de Wet bopz en de Wgbo is toepassing van vrijheidsbeperkingen in ieder geval niet geoorloofd, omdat een wettelijke grondslag dan ontbreekt.

10.3.3.2 Uitvoering

Het toepassen van vrijheidsbeperkingen komt bij alle voorzieningen waarbij zorg wordt verleend aan psychogeriatrische patiënten voor. Het meest gebeurt dit in verpleeghuizen, maar ook veel thuiszorginstellingen passen wel eens vrijheidsbeperkingen toe. Factoren zoals de zorgvisie van de zorgaanbieder, de bouwkundige situatie van de plaats waar de patiënt verblijft, de gezondheidstoestand van de patiënt, de hoeveelheid personeel en de deskundigheid van de medewerkers, de mate van toezicht en de aard van de zorg die wordt geboden, spelen een rol in de vraag óf maar ook welke vrijheidsbeperkingen worden toegepast. Redenen om vrijheidsbeperkingen toe te passen zijn meestal onrust, valgevaar, dwaalgedrag, agressief gedrag of het veroorzaken van overlast. Regelmatig geven zorgaanbieders daarnaast aan dat personeelstekort een reden is om tot vrijheidsbeperkingen over te gaan.

Bopz-instellingen maken bij overwegingen om vrijheidsbeperkingen toe te passen geen onderscheid tussen vrijwillig opgenomen en onvrijwillig opgenomen patiënten. Bij beide groepen worden ongeveer even vaak vrijheidsbeperkingen toegepast.

Op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is heeft men vaak het idee dat vrijheidsbeperkingen daar eigenlijk niet zijn toegestaan. Toch weerhoudt dit zorgverleners niet om deze desondanks toe te passen wanneer dit noodzakelijk wordt geacht. Alle zorgaanbieders die werden onderzocht beschouwen vrijheidsbeperkingen overigens als ultimum remedium.

Alle zorgaanbieders streven naar een zorgvuldige invulling van de zorg bij toepassing van vrijheidsbeperkingen. Wel doen zich verschillen voor in de wijze waarop die invulling plaatsvindt. Sommige initiatieven dragen meer bij tot verantwoorde zorg dan andere. Een positieve invloed heeft onder meer het ontwikkelen van protocollen en beleidsplannen, het werken met zorgplannen en het regelmatig voeren van multidisciplinair overleg. Zo'n overleg heeft als voordeel dat zorgverleners kunnen leren van elkaars expertise. Dit heeft als bijkomend effect dat vrijheidsbeperkingen soms kunnen worden voorkomen. Verder is scholing belangrijk, hetgeen er onder andere toe bij kan dragen dat zorgverleners zich meer realiseren welke maatregelen als vrijheidsbeperking moeten worden aangemerkt. Niet altijd wordt in de overweging om een vrijheidsbeperking toe te passen een arts betrokken. Deze is echter in het algemeen wel het beste in staat om te beoordelen in hoeverre een beperking geïndiceerd is en of die veilig kan worden toegepast. In sommige gevallen kan immers beter een fysieke vrijheidsbeperking worden gebruikt, terwijl in andere gevallen een psychofarmacum of sederende medicatie de beste oplossing is.

Een groot verschil tussen plaatsen waar de Wet bopz geldt en plaatsen waar dat niet het geval is, is het feit dat wanneer op bopz-plaatsen vrijheidsbeperkingen worden toegepast aan meer administratieve eisen moet worden voldaan. In tegenstelling tot de Wgbo kent de Wet bopz een registratie- en een meldingsplicht ingeval van dwangbehandeling of toepassing in noodsituaties. Voor toepassingen in noodsituaties moet bovendien een centrale registratie worden bijgehouden.

Het overgrote deel van de vrijheidsbeperkingen wordt toegepast met toestemming van de vertegenwoordiger. De patiënt zelf wordt zelden in staat geacht om een redelijke belangenafweging te kunnen maken wanneer een vrijheidsbeperking overwogen wordt. Slechts een klein percentage wordt toegepast in noodsituaties en dwangbehandeling komt helemaal sporadisch voor. Dit laatste hangt nauw samen met de wijze waarop het veld omgaat met verzet. Volgens de respondenten maken psychogeriatrische patiënten

zelden bezwaar tegen vrijheidsbeperkingen. Als dit gebeurt dan vloeit dit meestal voort uit de aard van de aandoening. Een voorbeeld dat daarbij vaak gehanteerd wordt is de demente vrouw die om 16.00 uur aan de gesloten afdelingsdeur gaat rammelen om aan te geven dat ze naar huis wil om haar kinderen die uit school komen met thee te onthalen.

Ook is verzet vaak niet blijvend. Mensen moeten volgens respondenten soms even wennen aan een nieuwe maatregel en geven dan hun verzet op. Een voorbeeld hiervan is een man die hevig onrust vertoont na plaatsing van een tafelblad voor de rolstoel, maar na enige tijd weer rustig wordt.

Een derde aspect is dat verzet lang niet altijd consistent is. Iemand weigert soms medicatie, maar wanneer het korte tijd later opnieuw wordt geprobeerd wordt deze wel ingenomen.

In het algemeen stellen zorgverleners daarom de eis dat verzet persistent en consistent moet zijn, terwijl sommigen daar tevens aan toevoegen dat het verzet bekwaam moet zijn geuit. Daardoor is van dwangbehandeling op psychogeriatricische patiënten niet snel sprake. Voor bopz-aangemerkte instellingen heeft dit tot gevolg dat een vrijheidsbeperking niet wordt gemeld aan de Inspectie. Voor zorgaanbieders zonder bopz-aanmerking maakt het niet wezenlijk uit of sprake is van dwangbehandeling of niet, ervan uitgaande dat de toepassing van de vrijheidsbeperking al aan de voorwaarde van 'noodzakelijk ter voorkoming van ernstig nadeel voor de patiënt' voldoet.

Bopz-instellingen hebben een registratie- en meldingsplicht ingeval van dwangbehandeling en toepassing van middelen en maatregelen in noodsituaties. Deze plicht geldt alleen voor toepassingen bij onvrijwillig opgenomen patiënten. De registratie moet plaatsvinden op bij wet vastgestelde formulieren. De praktijk is dat die formulieren gebruikt worden bij alle toepassingen van vrijheidsbeperking, althans die welke als zodanig door de zorgaanbieder worden onderkend. Desondanks is van transparantie van de toepassingen geen sprake. De meeste zorgaanbieders hanteren geen centrale registratie en hebben daarom nauwelijks een idee van het aantal en de aard van de vrijheidsbeperkingen die binnen de eigen organisatie voorkomen. Het gebrek aan transparantie wordt versterkt, omdat zoals gezegd slechts een gering percentage aan de Inspectie wordt gemeld vanwege het feit dat toepassingen zelden als dwangbehandeling wordt gekwalificeerd. Ook toepassingen in noodsituaties worden niet vaak aan de Inspectie opgegeven. Dit komt omdat zorgverleners meestal achteraf aan de vertegenwoordiger toestemming voor de toepassing vragen, waarna zij van mening zijn dat de grond om te melden is weggenomen.

Bij instellingen waar de Wet bopz niet geldt vindt dikwijls eveneens een vorm van registratie plaats. Meestal gebeurt dit door in het zorgdossier melding te maken van het feit dat een vrijheidsbeperking is toegepast. Ook hier komt het wel voor dat speciale formulieren worden gebruikt. Van transparantie is hier echter evenmin sprake.

Slechts weinig zorgaanbieders hebben dus voldoende zicht op het aantal vrijheidsbeperkingen dat binnen de eigen organisatie wordt toegepast. Betrouwbare cijfers konden daarom in dit onderzoek niet worden verkregen. Aangenomen mag echter worden dat de cijfers die wel werden gevonden een ondergrens weergeven. Er bestaat een neiging tot onderrapportage omdat niet alle vrijheidsbeperkingen als zodanig worden onderkend en het begrip een negatieve connotatie heeft. Dit geldt in sterkere mate voor toepassingen in noodsituaties en nog meer voor dwangtoepassingen.

Binnen het kader van de Wet bopz kunnen vrijheidsbeperkingen tevens voortvloeien uit huisregels die gehanteerd worden, bijvoorbeeld doordat is vastgelegd dat een afdeling afsluitbaar is. Het begrip 'huisregels' leeft in de psychogeriatricische zorg nauwelijks. Bij

zeer weinig zorgaanbieders is bekend dat er een onderscheid is tussen vrijheidsbeperkingen die voortvloeien uit de huisregels en vrijheidsbeperkingen die onderdeel vormen van het zorgplan.

Op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is, is men in het algemeen onbekend met huisregels.

10.3.3.3 Beoordeling

Uit het onderzoek blijkt dat zorgverleners in het algemeen streven naar een zorgvuldige afweging vooraleer vrijheidsbeperkingen worden toegepast. Verschillen treden wel op in de wijze waarop die afweging wordt ingevuld. Gesteld kan worden dat die zorgvuldigheid is toegenomen sinds de Wet bopz en de Wgbo in werking zijn getreden. Of dit echter ook het gevolg is van deze wetten, kan door middel van dit onderzoek niet worden vastgesteld.

De praktijk rondom toepassingen is weinig transparant, niet alleen voor onderzoekers, maar ook voor toezichthouders en voor zorgaanbieders zelf. Hoewel, met name op bopz-plaatsen maar ook daarbuiten, meer wordt geregistreerd dan de wet voorschrijft, worden de gegevens niet centraal bijgehouden. Daardoor bestaat geen inzicht in welke vrijheidsbeperkingen voorkomen en de mate waarin vrijheidsbeperking plaatsvindt. Zelden bestaat een actief beleid om vrijheidsbeperkingen te voorkomen of terug te dringen.

De Wet bopz en de Wgbo zijn niet consistent in de mate van rechtsbescherming die wordt geboden bij toepassing van vrijheidsbeperkingen. Met name met betrekking tot het betrachten van transparantie door middel van registratie en melding aan de Inspectie schiet de Wgbo ten opzichte van de Wet bopz tekort.

Toch lijkt de Wet bopz evenmin veel extra bescherming te bieden door de registratie- en meldingsplicht. Dit komt omdat de wet zich vooral richt op vrijheidsbeperkingen in het kader van dwangbehandeling en in noodsituaties. Bij psychogeriatrische patiënten blijkt het onderscheid dwang of geen dwang in de praktijk moeilijk te maken. Voor een groot deel is dit het gevolg van het feit dat het begrip 'verzet' lastig toe te passen is op de manier zoals de wetgever dat bedoeld heeft.

Daarnaast moet worden opgemerkt dat wanneer een patiënt zich niet verzet, dit niet hoeft in te houden dat hij met een vrijheidsbeperking instemt. Het kan immers ook zo zijn dat de patiënt zich niet meer voldoende kan uiten. Voor deze situatie biedt de wet echter geen bescherming. Dat valt te betreuren omdat dit, mede vanwege de wijze waarop verzet wordt geïnterpreteerd, in de praktijk verreweg het meeste voorkomt.

10.3.3.4 Conclusie en aanbevelingen

Vrijheidsbeperkingen worden overall toegepast, zowel op plaatsen waar de Wet bopz van toepassing is als daarbuiten. Door ontwikkelingen in de zorg waardoor nieuwe zorgvormen voor psychogeriatrische patiënten ontstaan, en door de sterke toename van het aantal psychogeriatrische patiënten mag worden verwacht dat het kader van de Wet bopz in de huidige vorm niet toereikend zal zijn om voldoende rechtsbescherming te bieden aan deze groep patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperkingen. Buiten het kader van de Wet bopz geldt de Wgbo, die eveneens ruimte biedt om vrijheidsbeperkingen toe te passen, maar die in vergelijking tot de Wet bopz minder waarborgen biedt.

Voor zover de wetgeving bescherming biedt, richt zij zich inzake toepassing van vrijheidsbeperkingen met name op situaties waarin sprake is van dwangbehandeling en op noodsituaties. Geen speciale aandacht wordt geschonken aan patiënten die niet expliciet en wilsbekwaam bereidheid tot het ondergaan van vrijheidsbeperkingen tonen, maar

zich tegen een toepassing ook niet merkbaar verzetten. Het overgrote deel van de patiënten bij wie vrijheidsbeperkingen worden toegepast valt echter in deze laatste categorie, mede vanwege de wijze waarop het begrip 'verzet' in de praktijk wordt gehanteerd. Hierdoor schiet de rechtsbescherming tekort. Daar komt bij dat de Wet bopz en de Wgbo niet consistent zijn in de mate van bescherming die wordt geboden. Voor de Wgbo geldt bovendien dat niet omschreven is welke mate van vrijheidsbeperking onder deze wet geoorloofd is.

Aanbevolen wordt daarom om in plaats van de huidige wettelijke kaders die vrijheidsbeperking toelaten, ten behoeve van psychogeriatricische patiënten een eenduidige regeling te maken inzake toepassing van vrijheidsbeperkingen, die voor alle zorgvoorzieningen van kracht is.¹⁰ Hoewel wetgeving in de eerste plaats noodzakelijk is vanwege het vrijheidsbeperkende effect, zou daarbij tevens aandacht kunnen zijn voor het feit dat een overweging om een vrijheidsbeperkende maatregel toe te passen een onderdeel vormt van het bieden van goede en verantwoorde zorg. Dat houdt in dat onder meer nauwkeurig vast zou moeten liggen wie een dergelijke zorgbeslissing neemt, om welke reden, en op welke manier dit zou moeten gebeuren.

Aanbevolen wordt bovendien om de rechtsbescherming uit te breiden tot alle patiënten van wie niet duidelijk is dat zij weloverwogen en in vrijheid instemmen met de toe te passen vrijheidsbeperking.

De huidige wetgeving schrijft pas voor om de noodzaak tot een vrijheidsbeperking nadrukkelijk af te wegen wanneer dwangbehandeling of een noodsituatie aan de orde is. Aan te bevelen is echter om meer aan te sluiten op de huidige praktijk, en de vraag of een vrijheidsbeperking noodzakelijk is in een eerder stadium expliciet aan te orde te laten stellen, zodat alle situaties waarin personen in hun vrijheid worden beperkt onder de regeling zullen vallen. Bovendien zou de noodzakelijkheidsgrond niet beperkt moeten blijven tot 'ernstig nadeel' of 'gevaar'. Ook andere zorgoverwegingen die toepassing noodzakelijk maken maar niet binnen deze omschrijvingen passen, zouden een rol moeten kunnen spelen.

Voorwaarde zou daarbij wel moeten zijn dat de noodzaak objectief is vast te stellen, althans in ieder geval toetsbaar is. Daartoe dient een zorgbeslissing bij vrijheidsbeperking transparant en inzichtelijk plaats te vinden. Het registratie- en meldingssysteem van de Wet bopz is daarvoor bruikbaar, maar kan op een aantal punten worden verbeterd. Aanbevelenswaard is om het systeem zodanig in te richten dat zorgaanbieders worden geprikkeld om de registratie als onderdeel van het kwaliteitssysteem aan te wenden zodat een actief beleid kan worden ontwikkeld om vrijheidsbeperkingen te voorkomen en terug te dringen. Verder zou het meldingssysteem beter moeten aansluiten bij de taakomschrijving van de Inspectie. Dit wordt in de volgende paragraaf nader uiteengezet.

10.3.4 Toezicht

10.3.4.1 Kaders

Op grond van de Gezondheidswet heeft de Inspectie een algemene, toezichthoudende taak in de zorg. Een bijzondere taak heeft zij daarnaast in de geestelijke gezondheidszorg. Deze vloeit voort uit art. 63 bopz. Het bijzondere van deze bepaling is dat deze

¹⁰ Inmiddels wordt door het kabinet een dergelijke wet voor de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg overwogen. Zie Handelingen Tweede Kamer, 28 439. nr. 2., Vergaderjaar 2002-2003, p. 42.

zich niet beperkt tot de instellingen met een bopz-aanmerking, maar betrekking heeft op het toezicht op de belangen van alle personen met een geestelijke stoornis, ongeacht de plaats waar zij zorg ontvangen. De belangen worden ook nader geduid; het gaat in ieder geval om toezicht op een verantwoorde behandeling, verpleging, verzorging en begeleiding van de personen met een geestelijke stoornis. Ter uitvoering van deze taak zijn de artikelen 5:15 tot en met 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van overeenkomstige toepassing verklaard. In deze bepalingen zijn bevoegdheden tot binnentreden, het vorderen van inlichtingen en inzage in stukken vastgelegd.

Voor het overige bevat de Wet bopz uitsluitend verplichtingen en bevoegdheden voor de Inspectie die tot doel hebben de rechtspositie van onvrijwillig opgenomen patiënten in bopz-aangemerkte instellingen te versterken. Voor vrijheidsbeperkingen kent de Wet bopz bij dwangbehandeling en toepassing van middelen en maatregelen in noodsituaties een meldingsplicht voor artsen die de functie van geneesheer-directeur of bopz-arts bekleden. De Inspectie dient naar aanleiding van een melding van een dwangbehandeling, te onderzoeken of de beslissing tot de dwangbehandeling zorgvuldig is genomen en de uitvoering ervan zorgvuldig heeft plaatsgevonden.

Een bijzondere taak heeft de Inspectie ten aanzien van personen die zelf niet in staat zijn te ageren tegen dwangbehandeling. Ten behoeve van deze personen bestaat de mogelijkheid om wanneer sprake is van dwangbehandeling, de rechtmatigheid hiervan ter toetsing voor te leggen aan de rechter.

Naast de Wet bopz is de Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz) een belangrijke wet voor de Inspectie om invulling te geven aan haar werkzaamheden. De reikwijdte van deze wet strekt zich uit tot de kwaliteit van zorg bij alle zorgvoorzieningen die op grond van deze wet als zorginstelling worden aangemerkt. Voor individuele zorgaanbieders biedt art. 40 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet big) een soortgelijk kader.

Op grond van de Kwz moeten zorgaanbieders een kwaliteitssysteem opzetten en naar aanleiding daarvan jaarlijks een kwaliteitsjaarverslag opsturen naar de Inspectie. Bij de uitvoering van haar taak kan de Inspectie van dezelfde bevoegdheden uit de Awb gebruik maken als hierboven werd beschreven. Bij geconstateerde onvolkomenheden met betrekking tot de kwaliteit van zorg kan de Minister van VWS een aanwijzing geven. In spoedgevallen heeft de Inspectie de bevoegdheid zelf een bevel geven. Zonodig kan bij een aanwijzing of een bevel bestuursdwang worden toegepast.

Op basis van art. 40 big hoeft door de individuele zorgaanbieder geen kwaliteitsjaarverslag te worden opgesteld. Verder kent deze bepaling niet de schriftelijke aanwijzing door de Minister, maar uitsluitend de mogelijkheid van een bevel door de Inspectie. Voor het overige is de inhoud van deze bepaling vergelijkbaar met die van de Kwz.

10.3.4.2 Uitvoering

In de praktijk blijkt dat de Inspectie in feite twee taken heeft bij zorg die betrekking heeft op psychogeriatrische patiënten. Allereerst heeft zij een algemeen toezichthoudende taak op de zorg die wordt verleend. Het kader hiertoe wordt naast de Gezondheidswet nader bepaald door de Kwz en de Wet big. In de tweede plaats geeft de Wet bopz de opdracht om individueel toezicht te houden bij psychogeriatrische patiënten, ongeacht de plaats waar zij verblijven.

Onderzoek laat zien dat de Inspectie in de afgelopen jaren zich de rechtsbeschermende taak op individueel niveau onvoldoende eigen heeft gemaakt. Op alle plaatsen waar zorg wordt geboden aan psychogeriatrische patiënten, ook bij instellingen met een bopz-aanmerking, blijft zij zich richten op algemeen toezicht. Zo wordt bij bopz-instellingen zelden een onderzoek gedaan naar de wijze waarop uitvoering is gegeven

aan dwangbehandeling. Nog nooit werd de rechtmatigheid van een dwangbehandeling bij een psychogeriatric patiënt ter toetsing voorgelegd aan de rechter. Wel hebben sommige instellingen ervaringen met algemeen inspectiebezoek waarbij vragen werden gesteld over het beleid inzake vrijheidsbeperkingen.

Vrijheidsbeperkingen die buiten het kader van dwangbehandeling of noodsituaties worden toegepast, of die worden aangewend bij vrijwillig opgenomen patiënten, blijven door het ontbreken van een meldingsplicht aan het toezicht van de Inspectie onttrokken. Daardoor ontstaat ook geen zicht op situaties waarin een toepassing ten onrechte niet tot dwangbehandeling wordt bestempeld.

Op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is, hanteert de inspectie het beleid om geen meldingen van vrijheidsbeperking te willen krijgen. Daardoor heeft zij echter weinig prikkels over om individuele rechtsbescherming voor psychogeriatric patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperking te kunnen bieden. Sommige zorgaanbieders hebben wel contact met de Inspectie over vrijheidsbeperkingen, maar het initiatief gaat dan in het algemeen van henzelf uit.

De algemeen toezichthoudende taak van de Inspectie heeft nog nooit geleid tot een aanwijzing van de Minister van VWS of een bevel bij toepassing van vrijheidsbeperkingen bij psychogeriatric patiënten. Een knelpunt in de uitvoering van de Kwz is dat weinig signalen uit het veld worden ontvangen. Dit vloeit mogelijk mede voort uit het feit dat de Inspectie geen functie meer heeft in de klachtafhandeling, zo wordt geopperd in het evaluatierapport van deze wet. Voor bopz-instellingen gaat dit overigens niet op omdat de Inspectie hier in kennis moet worden gesteld van uitspraken op bopz-klachten, waarna zonodig kan worden ingegrepen. Bopz-klachten in de psychogeriatric doen zich echter nauwelijks voor, zoals in de volgende paragraaf nader uiteen zal worden gezet.

10.3.4.3 Beoordeling

De Inspectie is er totnogtoe onvoldoende in geslaagd om de individuele toezichthoudende taak en het algemene toezicht succesvol met elkaar te verenigen. Met name het individuele toezicht staat kennelijk te ver van de oorspronkelijke doelstellingen van de Inspectie af om deze goed in te bedden binnen het eigen orgaan.

Een mogelijke oorzaak daarvan is het feit dat de personele bezetting onvoldoende is om naar behoren individueel toezicht te bieden. Daarnaast zijn de verschillende taken weinig consistent met elkaar, hetgeen de duidelijkheid niet bevordert. Met name bij individueel toezicht op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is staan de Inspectie weinig instrumenten ter beschikking om afdoende individueel toezicht te houden. Overigens is ook het individuele toezicht op plaatsen met een bopz-aanmerking weinig effectief, onder meer omdat er maar weinig meldingen van dwangbehandeling of toepassing van vrijheidsbeperkingen in noodsituaties worden gedaan en de Inspectie te weinig werk maakt van het instellen van onderzoek van de meldingen die wel plaatsvinden.

Een tweede oorzaak kan worden gevonden in het feit dat de Inspectie weinig signalen ontvangt om op te kunnen treden. Door de wijze waarop aan de taakstelling invulling wordt gegeven, wordt de bereidheid om signalen te melden echter bepaald niet groot.

10.3.4.4 Conclusie en aanbevelingen

Omdat het individuele toezicht onvoldoende tot uitdrukking komt, levert het nauwelijks een bijdrage aan de rechtsbescherming van psychogeriatric patiënten. Het toezicht van de Inspectie op de zorg voor psychogeriatric patiënten bij vrijheidsbeper-

kingen zou daarom op een consistentere manier moeten worden ingevuld. Aan te bevelen is bovendien dat de wijze waarop dit gebeurt beter aansluit bij de algemene taakomschrijving van de Inspectie.¹¹ Dat brengt met zich mee dat wellicht gezocht moet worden naar een andere manier om de rechtsbescherming op individueel niveau te verbeteren. Een mogelijkheid daartoe is het – zoals ook al in de vorige paragraaf werd aangeroerd – versterken van de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder om een actief beleid te voeren teneinde vrijheidsbeperkingen te voorkomen. Een andere mogelijkheid is het introduceren van een persoon die binnen een zorgvoorziening, maar voldoende onafhankelijk daarvan, toezicht houdt op de invulling van patiëntenrechten door de zorgaanbieder en de zorgverleners. In de volgende paragraaf wordt op de introductie van zo'n persoon nader ingegaan.

10.3.5 Klachtrecht

10.3.5.1 *Kaders*

Indien patiënten of hun vertegenwoordigers het niet eens zijn met toepassingen van vrijheidsbeperking staat hen, als de patiënt onvrijwillig is opgenomen in een bopz-aangemerkte instelling, het bopz-klachtrecht ter beschikking. De Wet bopz bevat vijf klachtgronden op basis waarvan kan worden opgekomen, te weten een wilsonbekwaamheidsverklaring, een dwangbehandeling, een toepassing van een middel of maatregel in een noodsituatie, een van de in art. 40 genoemde beperkingen, en het niet uitvoeren van een overeengekomen behandelingsplan. Doel van deze klachtenregeling is versterken van de rechtspositie van onvrijwillig opgenomen patiënten. De regeling van art. 41 bopz is helder en kent inhoudelijk weinig problemen. Thans zijn bij de Staten-Generaal een aantal wijzigingen aanhangig die de regeling verder zullen verbeteren.

Op plaatsen en in situaties waar de Wet bopz niet geldt zal men terug moeten grijpen op de algemene klachtenregeling van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz), die echter minder waarborgen bevat. De Wkcz is veel minder expliciet. Een schorsingsbevoegdheid van de maatregel waartegen een klacht is gericht ontbreekt voor de klachtencommissie en ook uitspraaktermijnen zijn niet vastgelegd. Ook de deskundigheid van de leden van de klachtencommissie is in tegenstelling tot die van de Wet bopz niet vastgelegd. Doel van de Wkcz-regeling is primair het oplossen van problemen die relateren aan de zorg die aan een cliënt wordt verleend.

10.3.5.2 *Uitvoering*

Van beide klachtenregelingen wordt in de praktijk zeer weinig gebruik gemaakt. Bopz-klachten worden in vergelijking tot Wkcz-klachten nog veel minder ingediend. Er zijn verschillende oorzaken voor het geringe gebruik, die slechts voor een klein deel zijn te

¹¹ Teneinde ook het algemene toezicht te verbeteren overweegt het kabinet inmiddels om de Inspectie naast het middel van de aanwezig ook het middel van de bestuurlijke boete te kunnen laten opleggen. Zie Handelingen Tweede Kamer, 25 763 en 28 950. Kabinetstandpunt tweede bopz-evaluatie, Vergaderjaar 2003-2004, p. 29, 28 439. nr. 2., Vergaderjaar 2002-2003 Te betreuen is echter dat het kabinet in navolging van de begeleidingscommissie verder vermeldt dat de instellingen voor psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg de toepassing van dwangbehandeling en middelen/maatregelen beter behoren te melden. Het kabinet verwacht dat op die manier het aantal toepassingen afneemt, omdat bewuster met dwangtoepassing wordt omgegaan en ook vaker alternatieven worden ontwikkeld. Hiermee geeft het kabinet er blijk van de problematiek met betrekking tot melding en toezicht niet geheel te doorzien.

rug te voeren op de wijze waarop de klachtenregelingen zijn ingericht. Ook het feit dat zich nooit situaties voordoen die een klacht rechtvaardigen, blijkt geen oorzaak van het niet indienen van klachten. Het onderzoek laat zien dat die situaties er wel degelijk zijn, zeker als het gaat om wilsonbekwaamheidsverklaringen en toepassingen van vrijheidsbeperking.

De belangrijkste oorzaak is dat patiënten zelf in het algemeen niet meer kunnen klagen en voor klachten afhankelijk zijn van anderen. Daarnaast zijn familieleden dikwijls niet aanwezig op momenten waarop klachtwaardige situaties zich voordoen. Zij voelen zich afhankelijk van de zorgverleners en zijn bang voor represailles. Een andere belemmering is dat familieleden nogal eens verder dan zorgverleners willen gaan bij toepassing van vrijheidsbeperkingen. Zij zijn dan eveneens minder snel geneigd tot klagen. Uit de vorige paragraaf bleek dat ook de Inspectie in deze geen bijdrage levert in de oplossing van het probleem, omdat zij nog nooit gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid om een toepassing van dwangbehandeling ter toetsing voor te leggen aan de rechter.

Daarnaast kunnen het beleid en de cultuur van een instelling met betrekking tot de wijze waarop met klachten wordt omgegaan van invloed zijn op de toestroom van klachten. Een instelling die het indienen van klachten stimuleert zal meer klachten naar boven halen dan een instelling die benadrukt dat klachten dienen te worden opgelost op de plaats waar zij ontstaan. Hoewel dit laatste met goede bedoelingen wordt uitgedragen, is de uitwerking ervan vaak averechts. Potentiële klagers hebben het gevoel verplicht te worden een confrontatie aan te gaan en brengen hun onvrede niet meer tot uitdrukking.

Andere factoren die de geringe toeloop van klachten kunnen verklaren zijn de wijze waarop een klachtenprocedure is ingericht en de mate waarin een klachtenvoorziening toegankelijk is. Procedures die bijvoorbeeld uitsluitingsgronden hanteren zoals verjaring, dragen niet bij tot laagdrempeligheid. Ook de verplichting om een klacht schriftelijk in te dienen, hetgeen de Wet bopz eveneens vereist, bevordert niet de laagdrempeligheid van de regeling. Een aantal instellingen ondervangen dit probleem overigens door hulp te bieden bij het op schrift stellen van de klacht.

10.3.5.3 Beoordeling

Beide klachtenregelingen blijken in de praktijk weinig effectief voor psychogeriatriche patiënten. De oorzaak daarvan is echter niet zozeer gelegen in de wettelijke kaders, maar meer in het feit dat zo weinig van de regelingen gebruik wordt gemaakt. Dit wordt met name geïllustreerd doordat niet alleen weinig bopz-klachten worden ingediend, maar ook Wkcz-klachten hun weg niet naar de klachtencommissie vinden.

Het probleem is in de praktijk onderkend en instellingen hebben dan ook initiatieven genomen om het klachtrecht te verbeteren, bijvoorbeeld door het aanstellen van een klachtenfunctionaris. Dit heeft echter onvoldoende tot verbetering geleid. De mogelijkheid voor de Inspectie om klachten met betrekking vrijheidsbeperkingen in te dienen bij de rechter heeft evenmin bijgedragen tot een verbeterde rechtspositie van onvrijwillig opgenomen patiënten.

10.3.5.4 Conclusie en aanbevelingen

Uit het voorgaande komt naar voren dat het klachtrecht in de huidige vorm onvoldoende bijdraagt aan de rechtsbescherming van psychogeriatriche patiënten in het algemeen en dus ook niet bij vrijheidsbeperkingen in het bijzonder. Alternatieven die in het veld zijn aangedragen hebben evenmin geleid tot een verbetering van de rechtspositie. Onderzocht is daarom hoe de procedure kan worden gewijzigd, zodat de rechtspositie

van psychogeriatrische patiënten verbetert/ Daarbij is met name gekeken naar de mogelijkheid van de introductie van een patiëntenvertrouwenspersoon.

Het lijkt erop dat een patiëntenvertrouwenspersoon een toegevoegde waarde kan hebben voor psychogeriatrische patiënten. Wel verdient het aanbeveling dat de taakinvulling in vergelijking tot de psychiatrie wordt gewijzigd.¹² De belangrijkste aanpassingen zijn dat hij zich in de psychogeriatric veel minder lijdelijk zal moeten opstellen, zelf actief bemoeienis dient te hebben met de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten en sterker zou moeten opkomen voor rechten van patiënten die geen vertegenwoordiger hebben. De patiëntenvertrouwenspersoon zou zich niet uitsluitend dienen te beperken tot plaatsen waar de Wet bopz van toepassing is, maar bij alle zorgvoorzieningen een rol behoren te spelen. Hoe dit exact gestalte moet krijgen zal nader moeten worden onderzocht.

De patiëntenvertrouwenspersoon zou in aansluiting op het gestelde in de vorige paragraaf (onder 10.3.4.4) tevens de aangewezen persoon kunnen zijn om de individuele toezichthoudende taak op de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten binnen de zorgvoorziening op zich te nemen. De taakinvulling wordt daarmee in vergelijking tot de psychiatrie echter dermate anders, dat de vraag rijst of niet voor een andere naam voor deze functie gevonden zou moeten worden. Een goede benaming zou bijvoorbeeld 'patiëntenrechtenconsulent' kunnen zijn, waarmee dan niet zozeer de toezichthoudende taak wordt benadrukt, maar vooral de functie van vraagbaak voor zowel familie, patiënten als zorgverleners.

10.4 Conclusies nader beschouwd

Samenvattend moet in antwoord op de probleemstelling worden geconcludeerd dat de Nederlandse wetgeving niet leidt tot voldoende rechtsbescherming voor psychogeriatrische patiënten.

Psychogeriatrische patiënten behoeven niet alleen bescherming op het terrein van zelfbeschikking, maar ook bij mogelijke aantastingen van de vrijheid daarbuiten. De uiteenzetting van het theoretisch kader laat zien dat bij de zorg die wordt geboden gezocht moet worden naar een juiste balans tussen zelfbeschikking en vrijheid enerzijds, en bescherming anderzijds. De wetgeving die betrekking heeft op vrijheidsbeperking biedt echter onvoldoende randvoorwaarden om een dergelijke goede en verantwoorde zorg te bereiken.

In de vorige paragrafen werden onderdelen aangereikt waarop de relevante wettelijke regelingen tekortschieten. Ook werden reeds aanbevelingen gedaan voor verbeteringen. Hieronder volgt een kort overzicht van de belangrijkste tekortkomingen.

Geen van de wettelijke regelingen geeft aan hoe wilsonbekwaamheid bepaald moet worden. Evenmin worden procedurele waarborgen geboden die bijdragen tot een zorgvuldige afweging. Het gevolg daarvan is dat wilsonbekwaamheidsbepalingen in de praktijk vaak meer op basis van gevoel dan op basis van objectieve maatstaven gebeuren en derhalve betrekkelijk willekeurig plaatsvinden.

¹² De noodzaak om de taakomschrijving van de pvp in de psychogeriatric aan te passen wordt ook door het kabinet erkend. Zie Handelingen Tweede Kamer, 25 763 en 28 950. Kabinetsstandpunt tweede bopz-evaluatie, Vergaderjaar 2003-2004, p. 28.

Vrijheidsbeperkingen kunnen worden toegepast bij wijze van dwangbehandeling, maar vinden ook plaats zonder dat sprake is van dwang.

Rechtsbescherming bij dwangsituaties wordt in de huidige wetgeving bereikt doordat aan extra voorwaarden moet worden voldaan vooraleer een dwangtoepassing mag plaatsvinden. Bij de Wet bopz zijn dan bovendien een aantal procedurele waarborgen van kracht. Deze wet is echter uitsluitend van toepassing op bopz-aangemerkte instellingen.

Van dwang is sprake als een patiënt op enigerlei wijze verzet uit. Het niet-onderkennen hiervan blijkt bij psychogeriatric patiënten een groot probleem omdat zij hun wensen moeilijk over kunnen brengen, maar ook omdat hun gedrag voor zorgverleners en vertegenwoordigers lastig te interpreteren is. Het gevolg is dat een gedraging zelden als verzet wordt aangemerkt, waardoor bescherming uitblijft.

Bescherming bij vrijheidsbeperkingen zonder dat er sprake is van dwang, is – behalve dat zorgverleners zich als goed hulpverlener moeten opstellen – vooral afhankelijk van de taakinvulling door de vertegenwoordiger. Verdere rechtsbescherming wordt bij vrijheidsbeperkende toepassingen zonder dwang niet geboden.

Net als bij wilsonbekwaamheid ontbreken richtlijnen voor goed vertegenwoordigerschap, noch worden procedurele waarborgen geboden die een adequate taakinvulling bevorderen. Ook bij vertegenwoordiging bestaat daarom het gevaar dat deze willekeurig wordt ingevuld. Wanneer vrijheidsbeperkingen worden overwogen blijken vertegenwoordigers moeilijk een toepassing te kunnen weigeren, door gebrek aan kennis van mogelijke alternatieven, maar ook omdat zij onder druk kunnen worden gezet om akkoord te gaan met een toepassing.

Uit het voorgaande volgt dat rechtsbescherming vooral ontbreekt bij vrijheidsbeperkingen die worden toegepast op patiënten die niet in staat zijn om daar weloverwogen mee in te stemmen – dus wilsonbekwaam zijn – maar bij wie ook geen verzet wordt geconstateerd (de zogenoemde gbgg-groep). Het overgrote deel van de vrijheidsbeperkingen gebeurt bij deze groep patiënten.

Bij opnemingen in instellingen met een bopz-aanmerking als psychiatrisch ziekenhuis is wel een voorziening getroffen voor psychogeriatric patiënten die onder de gbgg-groep vallen. Ook hier blijft echter voldoende rechtsbescherming uit, omdat degenen die de opname van patiënten moeten beoordelen evenmin als zorgverleners in staat blijken met het begrip verzet zodanig om te gaan, dat patiënten die niet opgenomen willen worden door de rechter worden beoordeeld.

Onduidelijk is de wetgeving bovendien over de mate waarin opname geoorloofd is op plaatsen waar de Wet bopz niet geldt. Dat gaat met name op voor opnemingen die onder dwang gebeuren, of anderszins als vrijheidsbeneming kunnen worden gekwalificeerd. Ook hier vinden echter de meeste opnemingen plaats in de gbgg-categorie, waarvoor de wet geen bescherming biedt.

Twee onderdelen vormen het sluitstuk van rechtsbescherming bij toepassing van vrijheidsbeperkingen, het toezicht door de Inspectie en het (bopz-)klachtrecht. Van beide onderdelen moet worden geconstateerd dat zij onvoldoende aan die bescherming bijdragen.

Bij de Inspectie is de bezetting onvoldoende, de afstand tot de zorgaanbieders te groot en staan onvoldoende instrumenten ter beschikking om individuele rechtsbescherming te bieden. Dit laatste geldt vooral op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is. Bovendien lijkt de individuele rechtsbeschermingstaak onvoldoende te passen bij de taakomschrijving die de Inspectie van oudsher heeft.

Voor het klachtrecht geldt dat vertegenwoordigers door tal van oorzaken onvoldoende in staat lijken te zijn om indien nodig de stap naar een klachtencommissie te nemen.

Tot slot moet nogmaals expliciet de aandacht worden gevestigd op het feit dat de belangrijkste wet die rechten met betrekking tot de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten vastlegt, de Wet bopz, slechts op een beperkt terrein van toepassing is. De wijze waarop deze wet is ingericht sluit in het geheel niet aan bij de organisatie van de zorg aan psychogeriatrische patiënten. Aan een groot deel van de patiënten wordt daardoor de rechtsbeschermende werking van deze wet onthouden. De Wgbo, die overigens ook niet in alle situaties van toepassing is, biedt enigszins een vangnet wanneer de Wet bopz niet geldt. Het is echter niet helder hoeveel ruimte de Wgbo voor toepassing van vrijheidsbeperking geeft. Ook biedt deze wet in vergelijking tot de Wet bopz minder waarborgen.

10.5 Alternatieven

10.5.1 Inleiding

De voorgaande paragrafen laten zien dat teneinde de rechtsbescherming voor psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperking te verbeteren, nieuwe regelgeving onvermijdelijk is. De vraag rijst dan wel of de bestaande regelgeving zou kunnen worden aangepast, of dat een geheel nieuwe wet met betrekking tot vrijheidsbeperking zou moeten worden ontworpen. Verder is het zinvol te onderzoeken hoe die wetgeving er dan uit zou moeten zien.¹³ In deze en de volgende paragrafen wordt op deze vragen ingegaan.

Deze paragraaf heeft betrekking op mogelijke oplossingen die door anderen zijn aangedragen. De meeste oplossingen zijn vooral gericht op de onder de Wet bopz vallende gbgb-groep. Naast psychogeriatrische patiënten, betreft dit ook vaak verstandelijk gehandicapten en sommige psychiatrische patiënten. Meestal handelen de alternatieve mogelijkheden vooral over een van deze laatste groepen.

De aangedragen alternatieven geven inzicht in de vraag welke oplossingsrichtingen gekozen kunnen worden, alsmede in de voor- en nadelen hiervan.

10.5.2 Opneming gbgb-groep door de rechter

Van Ginneken die de externe rechtspositie van psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten uit de gbgb-groep onderzocht in het kader van de tweede bopz-evaluatie, stelt voor om de bopz-indicatie af te schaffen en alle opnemingen waarbij de patiënt niet zelf weloverwogen vrijwillig kan instemmen ter beoordeling aan de rechter voor te leggen.¹⁴ Liefst zou hij de aanpassing die in de bopz-novelle werd gedaan tenietdoen en teruggaan naar de oorspronkelijke uitgangspunten van de Wet bopz. Zich realiserend dat dit wellicht te duur wordt bevonden, heeft hij als alternatief dat regionale indicatieorganen, maar ook de deskundigenteams een jurist als voorzitter krijgen. Deze kan dan bewaken dat de wettelijk voorgeschreven procedure wordt gevolgd.

¹³ Eerder werd hierover door mij in samenwerking met Frederiks reeds gepubliceerd. Zie Arends, L.A.P. en B.J.M. Frederiks, Hersenschimmen? Een beschouwing over de noodzaak van nieuwe wetgeving naar aanleiding van de tweede Wet bopz-evaluatie interne rechtspositie van psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten, 2003.

¹⁴ Ginneken, P.P.J.N., van, Over art. 60 Wet bopz. De opneming in psychogeriatrische verpleeghuizen en instellingen voor verstandelijk gehandicapten, 2002.

De eerste door Van Ginneken gekozen oplossing doet optimaal recht aan het verbeteren van de rechtspositie van gbgb-patiënten bij opneming. De moeilijkheden met betrekking tot de interpretatie van verzet doen zich dan niet meer voor. Bij de tweede is dit laatste nog wel het geval, maar Van Ginneken vertrouwt erop dat de aanwezigheid van een jurist het probleem voldoende kan ondervangen.

Nadeel van de aangedragen oplossingen is dat het bezwaar tegen de beperkte reikwijdte van de wet niet ondervangen wordt en dat ook geen oplossing wordt geboden voor andere bezwaren met betrekking tot de rechtsbescherming van vrijheidsbeperkingen bij psychogeriatricische patiënten.

10.5.3 Raad dwangtoepassing psychiatrie

Ook in het voorstel van Dijkers wordt het grootste deel van de Wet bopz overeind gelaten.¹⁵ In zijn visie zouden de taken van burgemeester, officier van justitie en geneesheer-directeur moeten worden overgedragen aan een afzonderlijk bestuursorgaan. Dit orgaan wordt door hem 'raad voor dwangtoepassing in de psychiatrie' genoemd.

De belangrijkste motivatie om de taken van de geneesheer-directeur aan zo'n bestuursorgaan op te dragen is het feit dat Dijkers van mening is dat beslissingen over vrijheid bij de overheid behoren te liggen, terwijl een arts zich moet beperken tot behandeling. Met name belastende besluiten, dus situaties waarin van dwang sprake is, zijn volgens Dijkers voorbehouden aan de raad voor de dwangtoepassing. Voor het overige acht hij mandaat mogelijk aan de behandelaar.

Bij de opneming onderzoekt de raad of de patiënt zich hiertegen verzet. Indien dit het geval is dient het (in plaats van wat in de huidige wetgeving door de OvJ wordt gedaan) een verzoek tot een voorlopige machtiging in bij de rechter.

In de visie van Dijkers wordt het bestuursorgaan verantwoordelijk voor het beoordelen van verzoeken tot dwangopneming of -behandeling (dwangtoepassing) en voor de uitvoering van een besluit tot een dwangtoepassing. Daarnaast ziet hij een taak voor dit orgaan weggelegd bij beleidsontwikkeling inzake dwangtoepassingen.

Verder kan het bestuursorgaan volgens hem een nuttige taakinvulling hebben voor wat betreft bescherming van de interne rechtspositie van patiënten. In de eerste plaats ziet hij een taak weggelegd bij de tenuitvoerlegging van opgelegde middelen en maatregelen. Ook kan de raad een functie vervullen bij het houden van toezicht, indien meldingen van dwangtoepassingen aan dit orgaan plaatsvinden in plaats van aan de Inspectie. Tot slot kan de raad de klachtenafhandeling, die nu nog bij de bopz-klachtencommissies is neergelegd, op zich nemen. Deze ideeën worden door Dijkers verder niet uitgewerkt, omdat de interne rechtspositie geen onderwerp van zijn studie is geweest.

Hoewel Dijkers met zijn ideeën over de raad voor de dwangtoepassing aanstuurt op een nieuw op te richten instantie, acht hij het ook mogelijk dat de door hem beschreven taken worden toebedeeld aan een bestaand bestuursorgaan zoals het RIO.

Het voorstel van Dijkers heeft als voordeel dat de Wet bopz wordt vereenvoudigd. Verschillende functies worden immers neergelegd bij één orgaan. Voor de rechtspositie van psychogeriatricische patiënten heeft het voorstel echter weinig toegevoegde waarde, maar voor deze groep was het ook niet speciaal bedoeld. Een duidelijke verbetering van de opnemingsprocedure ten opzichte van de huidige regeling zou wel zijn dat het bestuursorgaan dat over de opneming oordeelt verplicht wordt zelf een verzoek in te dienen bij de rechter, wanneer het constateert dat een patiënt zich verzet tegen opneming.

¹⁵ Dijkers, W.J.A.M., 2003.

Een dergelijke follow-up vergroot de kans dat zich verzettende patiënten uiteindelijk ook door de rechter worden beoordeeld.

10.5.4 Opneming gbgb-groep via vertegenwoordiger

De begeleidingscommissie van de tweede bopz-evaluatie heeft in haar eindrapportage ook een aantal voorstellen tot aanpassing gedaan. Hierbij richt zij zich voornamelijk op de opnemingsprocedure voor de gbgb-groep. De begeleidingscommissie stelt dat die uit de Wet bopz moet worden gehaald.¹⁶ Daartoe moet dan aan een aantal voorwaarden worden voldaan:

1. Er moet een regeling komen voor de objectieve vaststelling van de (wils)onbekwaamheid van betrokkene ter zake van opneming en verblijf in de instelling.
2. Er moet een regeling komen op grond waarvan een vertegenwoordiger van de patiënt uit de gbgb-groep instemt met de opneming.
3. Het begrip verzet met de ruime inhoud zoals eertijds door de wetgever werd beoogd, moet worden geoperationaliseerd om te voorkomen dat mensen ten onrechte in de gbgb-categorie worden geplaatst.
4. Een zorgvuldige check moet worden gedaan, zowel kort voor de opneming als regelmatig gedurende het verblijf, op de aanwezigheid van verzet. Is er van verzet tegen opneming of verblijf sprake, dan behoort (alsnog) een bopz-procedure te worden gevolgd.
5. Het begrip 'de zorg van een goed hulpverlener' moet worden geoperationaliseerd onder de vlag van de Wgbo door middel van protocollen en richtlijnen. Dergelijke instrumenten zijn vooral gewenst waar het gaat om de relatie met het zorg- en behandelplan, maatregelen die nodig zijn om patiënten te beschermen en verzet van de patiënt tegen opneming/verblijf of behandeling
6. Er moet een goede regeling komen voor het klachtrecht van de patiënt.
7. Er moet een adequaat toezicht plaatsvinden door de Inspectie.
8. Door het veld moet een adequaat en transparant kwaliteitsbeleid inzake de zorg voor patiënten uit de gbgb-groep ontwikkeld worden.

De begeleidingscommissie laat zich bewust niet uit over de vraag of deze punten moeten worden bereikt door middel van nieuwe regelgeving of het aanpassen van bestaande. Het voornaamste is volgens haar dat de punten worden bereikt. Verder is de commissie van oordeel dat de Wet bopz van toepassing moet blijven als de patiënt zich tegen opneming verzet.

Een winstpunt van de voorstellen van de begeleidingscommissie is dat de opnemingsprocedure voor wat betreft de gbgb-groep, sterk vereenvoudigd wordt. Onderkend wordt het belang van een objectieve vaststelling van wilsonbekwaamheid.

Hoewel de commissie geen standpunt inneemt over de wijze waarop de acht punten precies moeten worden gerealiseerd, lijkt het erop dat in dit voorstel 'verzet' wederom een prominente positie inneemt. Dit valt te betreuren, omdat dit begrip in de praktijk juist zo moeilijk te operationaliseren blijkt. De begeleidingscommissie gaat aan dit probleem voorbij door slechts te stellen dat het begrip verder uitgewerkt moet worden. Door daarbij op te merken dat de oorspronkelijke ruime werking van het begrip daarbij wel behouden moet blijven, worden bovendien moeilijkheden die men in de praktijk

¹⁶ Commissie Evaluatie regelgeving, 2002.

ervaart – bijvoorbeeld betekent verzet ook echt verzet of is het slechts een uiting van de dementiële aandoening – niet onderkend.

Daarnaast moet worden gevreesd dat wanneer de gbgg-groep niet meer door de Wet bopz wordt beschermd, zonder dat daar een deugdelijke wettelijke bescherming met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperkingen voor in de plaats komt, de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten verder zal verslechteren. De Wgbo biedt immers in vergelijking tot de Wet bopz minder rechtsbescherming ten aanzien van vrijheidsbeperking. De begeleidingscommissie maakt onvoldoende duidelijk hoe dit probleem kan worden ondervangen. Zij stelt hierover slechts dat ‘goed hulpverlenerschap’ door middel van protocollen en richtlijnen met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperking nader uitgewerkt moet worden onder de vlag van de Wgbo’.

Enigszins opmerkelijk is het advies van de begeleidingscommissie om de opname van patiënten uit de gbgg-groep afhankelijk te maken van toestemming door de vertegenwoordiger. Dit geldt temeer omdat niet inzichtelijk wordt gemaakt hoe dit voorstel zich verhoudt tot de bezwaren die door het kabinet bij de ontwikkeling van de indicatieprocedure in de Wet bopz tegen een dergelijke opnemingsprocedure zijn geuit. Meermalen werd er tijdens het totstandkomingsproces op gewezen dat ook opname en verblijf in een zorgvoorziening van deze groep patiënten onder omstandigheden als vrijheidsbeneming zou kunnen worden gekwalificeerd. Daarvoor moeten extra waarborgen gelden die voldoen aan de Grondwet en Europese regelgeving.¹⁷

Ingewikkeld is het feit dat volgens de begeleidingscommissie bij verzet de Wet bopz van toepassing moet blijven. Naast de eerdergenoemde moeilijkheden met de interpretatie van verzet, blijft zich dan het probleem voordoen dat er verschillen in rechtsbescherming blijven bestaan tussen plaatsen waar de Wet bopz geldt, en plaatsen waar dit niet het geval is.

Een andere mogelijkheid is dat zich verzettende patiënten met behulp van een rechterlijke machtiging verplicht moeten worden overgeplaatst naar een bopz-instelling. Dit verhoudt zich dan echter niet met het beleid om de aard van de zorg die wordt geboden niet meer afhankelijk te maken van de plaats waar men verblijft.

Het grootste bezwaar is echter dat bopz-aangemerkte instellingen in het voorstel van de begeleidingscommissie geconfronteerd blijven met verschillende wettelijke kaders voor verschillende patiëntengroepen. Dit kan tot verwarring leiden. Als ten behoeve van de gbgg-groep gekozen wordt voor een andere wettelijke regeling dan de Wgbo, leidt dit voor instellingen zelfs mogelijk tot een driedeling onder bewoners – bopz-bewoners, gbgg-bewoners en vrijwillig opgenomen bewoners – met ieder een eigen wettelijk regime.

De belangrijkste winst van de conclusies van de begeleidingscommissie is dat een aantal moeilijkheden worden erkend en dat enkele aandachtspunten naar voren worden gebracht die in de beschouwing van de wetgeving betrokken moeten worden. Een echte oplossing wordt echter niet geboden.

¹⁷ Zie H.M. -Zwitsersland, EHRM, 26-2-'02, BJ 2, 2002 Dijkers wijst in zijn noot eveneens op de mogelijkheid dat een combinatie van opname en vrijheidsbeperkende maatregelen onder omstandigheden als vrijheidsbeneming in de zin van art. 5 Evrm kan worden aangemerkt. Uit het arrest H.L.-United Kingdom, EHRM, 4-10-'04, no. 45508/99, 2004 blijkt dat zelfs van vrijheidsbeneming sprake kan zijn zonder dat vrijheidsbeperkende maatregelen genomen zijn.

10.5.5 Beoordeling dwangbehandeling door de rechter

Widdershoven doet enkele voorstellen voor aanpassing van de wet in verband met een preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht. Daarbij richt hij zich vooral op psychiatrische patiënten. Toch zijn enkele van zijn voorstellen ook voor psychogeriatrische patiënten relevant.¹⁸

In zijn voorstel sluit Widdershoven aan op dat van Dijkers, maar voegt hieraan toe dat ook dwangbehandeling aan een rechterlijke toets zou moeten worden onderworpen. Hij komt tot deze aanvulling omdat sommige vrijheidsbeperkende maatregelen volgens hem ingrijpender zijn dan de opnemings zelf. Verder vindt hij dat dwangbehandeling niet afhankelijk zou moeten zijn van de juridische status van de patiënt, omdat deze koppeling in strijd kan zijn met het beginsel van proportionaliteit. Behalve dat een patiënt zich de vrijheidsbeperking moet laten welgevalen, moet zijn verblijf dan immers ook nog door middel van een rechterlijke maatregel onvrijwillig worden gemaakt.

Wat betreft de gbgg-groep sluit hij meer aan bij de begeleidingscommissie van de tweede bopz evaluatie. Hij is van mening dat deze groep patiënten buiten de reikwijdte van de Wet bopz moet worden geplaatst. Widdershoven ziet uit het oogpunt van rechtsbescherming nauwelijks meerwaarde voor de gbgg-groep in de rechtsbescherming die door de Wet bopz wordt geboden, terwijl volgens hem de zorginhoudelijke gevolgen van de toepasselijkheid van Wet bopz op deze groep bezwaarlijk zijn.

Met zijn beschouwingen over dwangbehandeling erkent Widdershoven dat dwangbehandeling en opnemings niet onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Dwangbehandeling kan soms te verkiezen zijn boven een gedwongen verblijf in combinatie met een dwangbehandeling en dit moet dan ook mogelijk zijn. Evenmin als Dijkers maakt Widdershoven echter duidelijk hoe dwangbehandeling op een werkbare manier door de rechter en/of een bestuursorgaan zou kunnen worden getoetst.

Bezwaar tegen zijn invulling blijft evenals in de huidige Wet bopz het probleem dat de rechtsbescherming die wordt geboden afhankelijk blijft van het vermogen van een patiënt om zich te uiten. In zijn oplossing wordt dit nog versterkt door de gbgg-groep uit de Wet bopz te halen, zonder dat hij daar extra rechtsbescherming tegenover stelt.

10.5.6 Regionale commissie voor dwangbehandeling

De Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ) heeft in 1997 op verzoek van het Ministerie van VWS een advies uitgebracht over dwang en drang in de geestelijke gezondheidszorg.¹⁹ Het doel is een integrale beleidsvisie op dwang en drang voor dit terrein van de zorg te ontwikkelen. Daarom spreekt de Raad zich niet echt uit over het juridische kader bij opnemings of toepassing van vrijheidsbeperkingen. Desondanks geeft hij aan dat het in de toekomst niet meer moet uitmaken of dwangbehandeling klinisch of ambulant plaatsvindt. Rechtsbescherming zou dan niet zozeer in materiële zin, maar vooral in procedurele zin gestalte moeten krijgen. Dat wil zeggen de bescherming zou niet zozeer moeten komen van de gehanteerde criteria (zoals 'gevaar'), maar van de procedure waarbinnen de beslissing tot stand komt.

Voorgesteld wordt om een regionale commissie op te richten waar een zorgverlener het voornemen van dwangbehandeling kan aanmelden. De commissie zou in ieder geval moeten bestaan uit een behandeldeskundige, een ervaringsdeskundige en een toezicht-

¹⁸ Widdershoven, T.P.J.C., 2003. Zie voor reacties van anderen op zijn voorstel Arends, L.A.P. en B.J.M. Frederiks, Verslag jaarvergadering vereniging van gezondheidsrecht, 2003.

¹⁹ Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, 1997, p. 11.

houdende deskundige. Deze commissie zou een oordeel uit kunnen spreken over de noodzaak van dwangbehandeling en tevens een uitspraak kunnen doen over de vraag waar dwangbehandeling kan worden uitgeoefend.

De RVZ noemt voorbeelden van criteria die de commissie zou kunnen hanteren bij het toetsen van de noodzaak voor dwangbehandeling:

- De patiënt is wilsonbekwaam.
- De behandeling is kennelijk nodig om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen.
- Er is een vaste aanspreekbare behandelaar.
- De diagnose is helder.
- Het effect van de medicatie bij de patiënt is bekend.
- De bijwerkingen zijn bekend.
- Gegevens over therapie(on)trouw zijn bekend.
- De dwangmedicatie is opgenomen in een behandelingsplan en vormt een geïntegreerd onderdeel van de rest van de behandeling.
- Er is een plan voor de gewenste duur van dwangbehandeling (maximaal 2 jaar)
- Er is een plan voor de afbouw van dwang in een behandelingsrelatie.

Ook de RVZ erkent dus dat dwangbehandeling niet plaatsafhankelijk zou moeten zijn en koppelt dit daarom los van het verblijf in een bopz-instelling. Ideeën zijn er tevens over de wijze waarop de deskundigheid van de beoordelaars gestalte moet krijgen.

Interessant is de gedachte om rechtsbescherming niet zozeer in materiële zin, maar meer in formele zin gestalte te geven. Daarmee lijkt de RVZ op zoek naar een manier om meer ruimte te geven aan zorgverleners om dwangbehandeling toe te passen, zonder dat dit ten koste gaat van de rechtsbescherming.

Aangezien het plan van de RVZ aansluit bij hetgeen door Widdershoven en Dijkers over de beoordeling van dwangbehandeling door een extern bestuursorgaan is opgemerkt, rijst ook hier de vraag in hoeverre een dergelijke commissie voor dwangbehandeling niet te juridiserend werkt voor de zorg. Of het plan werkbaar is zal sterk afhangen van de wijze waarop en de snelheid waarmee de commissie te werk gaat. Te betreuren is dat de RVZ net als de overige auteurs uitgaat van dwangbehandeling en niet van een ruimer begrip. Wellicht vloeit dit voort uit het feit dat de RVZ de psychiatrie tot onderwerp heeft en niet de psychogeriatric.

10.5.7 Opneming en dwang als behandelbeslissingen

Ook Blankman is in zijn preadvies, dat handelt over de rechtspositie van psychogeriatriche patiënten en verstandelijk gehandicapten bij vrijheidsbeneming, van mening dat dwangbehandeling en opneming van elkaar losgekoppeld zouden moeten worden omdat dit zich niet verhoudt met het proportionaliteitsbeginsel.²⁰ Wel wijst hij op de mogelijkheid dat vrijheidsbeperkende maatregelen onder omstandigheden eveneens een vrijheidsbeneming karakter kunnen krijgen, bijvoorbeeld bij afzondering of fixatie. Blankman verwijst naar uitspraken van het Europees Hof en stelt dat vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming onderdeel vormen van een glijdende schaal. Beide aspecten maken ook deel uit van de behandeling. Omdat een beslissing tot vrijheidsbeperking en – beneming behandelbeslissingen zijn, zouden daarom meer zorginhoudelijke dan juridische criteria een rol moeten spelen in de overwegingen. Hij stelt daarom voor een beslissing tot opneming of vrijheidsbeperking afhankelijk te stellen van de noodzaak tot dergelijke middelen en maatregelen.

²⁰ Blankman, K., 2003. Zie voor reacties tevens Arends, L.A.P. en B.J.M. Frederiks, Verslag jaarvergadering vereniging van gezondheidsrecht, 2003.

Wanneer een maatregel het karakter van vrijheidsbeneming krijgt, moet volgens Blankman op zijn minst een juridisch geschoolde functionaris, of wellicht zelfs de rechter in de beoordeling worden betrokken. De huidige indicatieprocedure acht hij te beperkt.

Ook in de visie van Blankman blijft het begrip 'verzet' een belangrijke positie innemen. Wel erkent hij de moeilijkheden in de praktijk met dit begrip en stelt hij voor om een proces van weging mogelijk te maken. Bij wilsbekwaam verzet is dan in ieder geval rechterlijke tussenkomst vereist, terwijl bij wilsonbekwaam verzet andere factoren mede bepalend zijn voor de vraag of de rechter moet worden ingeschakeld.

Wilsbekwaamheid zou daarom bij alle ingrijpende zorgbeslissingen expliciet beoordeeld moeten worden. Dat betekent zo'n beoordeling in ieder geval bij het vaststellen van het zorgplan of beslissingen over vrijheidsbeneming plaats zou moeten vinden.

Vermeldenswaard zijn de uitgangspunten die Blankman aan het slot van zijn betoog formuleert:

1. Iedere vrijheidsbeneming in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg behoeft toestemming van de betrokkene, of indien hij wilsonbekwaam is, van diens vertegenwoordiger.
2. Als een wilsonbekwame meerderjarige geen vertegenwoordiger heeft, dient de hulpverlener de benoeming van een mentor of curator uit te lokken. In dit verband houdt Blankman een pleidooi voor een Raad voor goede zorg en rechtsbescherming die training, advisering en begeleiding moet aanbieden aan alle vertegenwoordigers, ook die uit de familieomgeving. Het takenpakket en de doelstelling van de raad is enigszins vergelijkbaar met voorstellen die Van Wijmen eerder deed over een 'middelaar'.²¹
3. Bij ernstige vrijheidsbenemingen is een rechterlijke machtiging vereist (max. 1 jaar). Of een vrijheidsbeneming ernstig is of niet wordt mede door de rechter bepaald.
4. In alle gevallen van – voorgenomen – vrijheidsbenemingen in beide sectoren is de hulpverlener verplicht de rechter hiervan op de hoogte te stellen. Deze gaat na of de vrijheidsbeneming noodzakelijk is voor een goede verzorging en behandeling. De rechter beoordeelt dan of het nodig is dat hij zelf een uitspraak doet of dat hij de beslissing kan overlaten aan de al optredende vertegenwoordiger.²²
5. Betrokkene, vertegenwoordiger en hulpverlener (de laatste pas na het raadplegen van een collega) kunnen verzoeken om een behandeling ter zitting. In geval van een behandeling ter zitting vindt toevoeging van een advocaat plaats. Van de beslissing van de rechter om al dan niet een machtiging te verlenen voor een vrijheidsbeneming staat hoger beroep open.

Blankman doet een aantal goede suggesties, bijvoorbeeld om de moeilijkheden rondom vertegenwoordiging te ondervangen. Interessant is ook zijn oplossing voor de problematiek met betrekking tot verzet. Of zijn keuze ook voldoende bescherming biedt is echter de vraag. Het probleem lijkt als het ware verschoven te worden naar de wilsonbekwaamheid die zich in de praktijk evenmin eenvoudig laat bepalen. Teneinde dit te ondervangen wil hij, als ik hem goed begrijp, vaker de rechter of een juridisch geschoolde ambtenaar inschakelen. Dat geldt in ieder geval voor die situaties die gekwalificeerd

²¹ Zie Wijmen, F.C.B., van, Driehoeksverhoudingen, 1990.

²² Ook deze rol van de rechter, waarin hij afweegt of hij zelf een uitspraak doet of dit overlaat aan de vertegenwoordiger, grijpt terug op de rol van de middelaar van Van Wijmen.

kunnen worden als vrijheidsbeneming. Dit laatste kan echter nieuwe interpretatieproblemen veroorzaken. Uit de door hem aangehaalde uitspraak van het Europees Hof wordt immers duidelijk dat het begrip 'vrijheidsbeneming' zich ook niet duidelijk laat bepalen, laat staan wanneer er tevens een onderscheid wordt gemaakt tussen gewone en ernstige vrijheidsbeneming. Door steeds vooraf toestemming te vragen wordt optimale rechtsbescherming geboden, maar het is de vraag in hoeverre dit in de praktijk niet als bureaucratisch ervaren zal worden en tot effect zal hebben dat men sluiproutes gaat volgen.

10.5.8 Introductie algemene zorgwet

Het meest vergaand tot slot lijkt het voorstel dat in 2000 door een interdepartementale werkgroep onder leiding van de Hoofdspecteur voor de Geestelijke Gezondheidszorg, Gehandicaptenzorg, Ouderenzorg en Thuiszorg werd gedaan. Deze werkgroep werd op verzoek van de Minister van VWS ingesteld om 'in afwachting van een regeling voor goede zorg, een werkgroep in te stellen die kwaliteitscriteria ontwikkelt voor het operationaliseren van het begrip verantwoord handelen'.²³ De werkgroep bestond uit medewerkers van Justitie, van de betreffende beleidsdirecties van VWS en van de Inspectie voor de Gezondheidszorg. Het voorstel omvat het plan om een algemene zorgwet te introduceren. In tegenstelling tot de hiervoor besproken voorstellen worden bestaande concepten van dwangbehandeling, onvrijwillige opneming en verzet volledig losgelaten. Doel van deze zorgwet zou moeten zijn het bieden van rechtsbescherming aan allen die gebruik maken van het zorgaanbod (intramuraal, semi-muraal en extramuraal). De voorzitter van de werkgroep merkt op dat de in het advies beschreven criteria als bouwstenen kunnen worden gebruikt. Deze richten zich op een verantwoord beleid van de zorgaanbieder, op een zorgvuldige toepassing van de op te leggen vrijheidsbeperkende interventie en op controle bij de uitvoering van de interventie.

Vrijheidsbeperkende interventies worden als uitgangspunt genomen. Hieronder wordt in de eerste plaats verstaan enigerlei vorm van fixatie, beperking in het leefdoel en elektronische bewaking. Uit de toelichtingen kan begrepen worden dat de werkgroep ook separatie, afzondering, medicatie en het gedwongen toedienen van vocht en voeding onder 'vrijheidsbeperkende interventies wil rekenen', maar deze vallen buiten de context van haar advies.

De invalshoek die de werkgroep heeft gekozen, het begrip 'vrijheidsbeperkende interventie', is interessant en biedt perspectieven. Dit begrip en ook de benaming van het voorstel illustreren dat de werkgroep erkent dat vrijheidsbeperkingen in het kader van de zorg soms noodzakelijk kunnen zijn. Anderzijds wordt niet miskend dat de interventie inbreuk maakt op de vrijheid.

Te betreuen is echter dat geen verdere uitwerking van de wet wordt gegeven. De werkgroep volstaat met de opmerking dat de criteria die in het advies zijn geformuleerd als uitgangspunt kunnen fungeren.

10.5.9 Conclusie

In het voorgaande zijn een aantal oplossingen besproken die door auteurs zijn aangebracht voor problemen met betrekking tot de uitvoering van de Wet bopz. De twee belangrijkste knelpunten waarop wordt ingehaakt zijn het instellingsgebonden karakter van de wet, waardoor een noodzakelijke koppeling ontstaat tussen dwangbehandeling

²³ Commissie Smeets, 2000.

en opnemings, en het feit dat de gbgg-groep onder de reikwijdte van de wet valt. Sommige oplossingen hebben de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten bewust voor ogen, terwijl dit bij andere minder duidelijk een rol speelt.

De meeste auteurs kiezen voor het loskoppelen van opnemings en dwangbehandeling, waarbij ervoor wordt gepleit om bij dwangbehandeling eveneens een externe beoordeelaar een rol te laten spelen. Een aantal auteurs stelt voor om de gbgg-groep buiten de reikwijdte van de Wet bopz te plaatsen, zonder echter een alternatief te bieden voor de rechtsbescherming. Alleen Blankman doet in dit verband suggesties voor een betere vertegenwoordigingsregeling.

De balans opmakend lijkt geen van de voorstellen voldoende bevredigend. De meeste blijven uitgaan van dwang en komen daarmee te weinig tegemoet aan de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten. De rechtspositie van deze patiënten wordt in de voorstellen niet versterkt, omdat het overgrote deel valt onder de gbgg-categorie. Dat neemt echter niet weg dat verschillende suggesties zijn aangedragen die nuttig en bruikbaar kunnen zijn. Met name moeten hierbij worden genoemd de uitgangspunten van zorg en behandeling in plaats van gevaar, een verbeterd bestuursorgaan dat over opnemings beslist, de loskoppeling van dwangbehandeling en gedwongen opnemings, en het versterken van de vertegenwoordigingsregeling.

10.6 Wetgeving met betrekking tot vrijheidsbeperking in Ontario: de Patient Restraints Minimization Act

10.6.1 Inleiding

In de vorige paragraaf werden alternatieven besproken die vanuit verschillende hoeken in de Nederlandse literatuur werden aangedragen. Geconcludeerd werd dat in deze alternatieven verschillende goede suggesties liggen besloten, maar dat geen van de oplossingen zalmakend is. In deze paragraaf volgt een bespreking van een oplossing waarvoor in Ontario, Canada is gekozen. In het kader van een rechtsvergelijkende studie heb ik daar een exploratief kwalitatief onderzoek verricht.²⁴ Hoewel ervoor gekozen is de resultaten van dit onderzoek in dit proefschrift niet uitgebreid te beschrijven, biedt het systeem in Ontario mogelijk interessante aanknopingspunten voor de aanpassing van wetgeving in Nederland. Het gaat hier immers om een volledig uitgewerkt alternatief dat in de praktijk ook functioneert. De doelstelling van deze paragraaf is dus het zelfde als de vorige, te weten het bieden van inzicht in een alternatief, en in de voor- en nadelen daarvan.

Hieronder volgt een beknopte beschrijving van het wettelijke systeem, waarna uitgebreider wordt ingegaan op de eind 2001 in werking getreden Patient Restraints Minimization Act. Ook de zogeheten 'common law' komt aan de orde. De paragraaf wordt afgesloten met een korte analyse en conclusie.

10.6.2 Beschrijving systeem

de volgende wetten zijn in Ontario relevant bij toepassing van vrijheidsbeperking:

1. Health Care Consent Act (HCCA)
2. Substitute Decisions Act (SDA)
3. Nursing Home Act (NHA)

²⁴ Provincies in Canada, waarvan Ontario er één is, hebben ieder een eigen wetgevende bevoegdheid.

4. Homes for the Aged and Rest Homes Act (NRHA)
5. Charitable Institutions Act (CIA)
6. Mental Health Act (MHA)
7. Patient Restraints Minimization Act (PRMA)

De Health Care Consent Act (HCCA) lijkt qua inhoud op de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst. Het informed consent beginsel is erin vastgelegd. Ook behandelt de wet welke vertegenwoordiger ingeval van wilsonbekwaamheid van de patiënt bevoegd is en waar deze bij het nemen van een beslissing rekening mee heeft te houden. De Substitute Decisions Act (SDA) regelt de bevoegdheden van benoemde vertegenwoordigers.²⁵ Deze twee wetten gelden in alle situaties die betrekking hebben op zorg en zijn tevens relevant bij toepassing van vrijheidsbeperking.

Naast deze twee wetten heeft praktisch iedere zorgvoorziening te maken met een 'eigen' wet waarin specifieke zaken over de zorg in die betreffende voorziening geregeld zijn.²⁶ Al deze wetten bevatten tevens een bepaling over het toepassen van vrijheidsbeperking. Deze komt erop neer dat een patiënt van een instelling geïnformeerd moet worden wanneer een vrijheidsbeperking overwogen wordt, welke de procedures zijn en wat de consequenties zijn indien een vrijheidsbeperking wordt geweigerd. De NHA, de NRHA en de CIA hebben ieder een op deze wetten gebaseerde lagere regeling die eveneens bepalingen bevat inzake vrijheidsbeperking. De inhoud ervan is tamelijk summier en loopt per regeling nogal uiteen.²⁷ Overeenkomsten is wel dat een vrijheidsbeperking altijd moet worden voorgeschreven door een arts. Ook moet de instelling steeds een beleid ten aanzien van vrijheidsbeperking op schrift stellen. Het voert te ver de details van deze regelingen op deze plaats uiteen te zetten.

Een uitgebreidere regeling ten aanzien van vrijheidsbeperking bevat de Mental Health Act (MHA). Deze wet regelt net als de Nederlandse Wet bopz onvrijwillige opname in een psychiatrische voorziening. Een psychiatrische instelling wordt omschreven als een voorziening waarin patiënten die lijden aan een geestelijke stoornis worden geobserveerd, waar hun zorg geboden wordt en waar zij worden behandeld. Bovendien moet net als bij de Wet bopz een instelling als zodanig aangewezen zijn door de Minister van Health and Long-Term Care (art. 1 lid 1 MHA). Verpleeg- en verzorgingshuizen worden niet aangewezen als psychiatrische voorziening. Voor deze gelden de hiervoor genoemde wetten.

Expliciet verbiedt de wet bij vrijwillig opgenomen patiënten vrijheidsbeperking toe te passen (art. 14 MHA). Vrijheidsbeperking wordt in de wet als volgt omschreven:

"'Restraint' means place under control when necessary to prevent serious bodily harm to the patient or to another person by the minimal use of such force mechanical means or chemicals as is reasonable having regard to the physical and mental condition of the patient."

Toepassing van een vrijheidsbeperking dient te worden geregistreerd in het medisch dossier. In de registratie moet worden vastgelegd de start van de toepassing, een be-

²⁵ In Arends, L.A.P., 1999 heb ik het vertegenwoordigingssysteem in Ontario uitgebreid beschreven.

²⁶ Ontario kent een ingewikkeld systeem van private en publieke zorginstellingen.

²⁷ Zo zijn de voorwaarden waaronder een vrijheidsbeperking mag worden toegepast in nursing homes in de regeling gebaseerd op de NHA stringenter omschreven dan de regelingen van de overige wetten doen voor andere zogeheten 'long-term care facilities'. In tegenstelling tot die andere regelingen spreekt die van de NHA bovendien uitsluitend van 'physical restraints'.

schrijving van het gedrag van de patiënt dat ertoe heeft geleid dat de toepassing moet vinden en wat met de toepassing wordt beoogd. Ook de maximale duur van een toepassing is in de wet vastgelegd. Deze is afhankelijk van de vraag op welke wijze de patiënt onvrijwillig is opgenomen en varieert van 72 uur tot ruim drie maanden (artt. 15 lid 5 en 20 lid 4 MHA).

Als een zogeheten 'chemical restraint' wordt gebruikt behoort in de registratie tevens te worden opgenomen welke medicatie is gebruikt, op welke manier deze is toegediend en wat de dosis is.

10.6.3 Patient restraints minimization act 2001

Een wet die mogelijk in de toekomst voor alle zorgvoorzieningen betekenis krijgt is de Patient Restraints Minimization Act 2001 (PRMA). Deze wet is op alle patiënten van toepassing. De reikwijdte ervan is vooralsnog beperkt tot ziekenhuizen. De mogelijkheid bestaat om via een ministeriële regeling andere instellingen eveneens onder de wet te laten vallen, maar daar is tot op heden nog geen gebruik van gemaakt. Art. 2 lid 2 van de PRMA sluit de wet overigens uit voor omstandigheden waarin de 'Mental Health Act' van toepassing is. Andere wetten gaan in beginsel niet vóór de PRMA.

De PRMA is op initiatief van een parlamentslid, tevens voormalig minister van gezondheidszorg, ingevoerd. Zij heeft zich sterk gemaakt voor deze wet, na slechte ervaringen met haar demente moeder die in een ziekenhuis was opgenomen en bij wie zonder toestemming van de familie vrijheidsbeperkingen werden toegepast.²⁸ Een eerdere versie van de wet was meer restrictief geformuleerd, maar haalde het niet omdat deze te weinig ruimte bood aan de eigen professionele verantwoordelijkheid van zorgverleners.²⁹ Ervaringen met de uitvoering van de wet zijn nog niet bekend.

De wet kent twee doelstellingen. In de eerste plaats beoogt zij toepassing van vrijheidsbeperkende interventies op patiënten te minimaliseren en in de tweede plaats wil zij het zoeken naar alternatieve manieren stimuleren teneinde ernstig lichamelijk letsel bij een patiënt of bij anderen te voorkomen.

De PRMA definieert 'vrijheidsbeperking' als volgt:

"'Restrain' means, with respect to a person, to place the person under control by the minimal use of such force, mechanical means or chemicals as is reasonable having regard to the person's physical and mental condition, and "restraint" has an corresponding meaning."

De omschrijving lijkt sterk op die van de Mental Health Act. Ook 'monitoring devices' vallen onder het restraint-begrip, maar slechts voor zover zij bedoeld zijn om lichamelijk letsel voor de patiënt zelf of voor anderen te voorkomen. 'Monitorvoorzieningen' die bedoeld zijn voor andere diagnostische of behandelingsdoeleinden vallen buiten de omschrijving.

In de literatuur worden drie vormen van vrijheidsbeperking onderscheiden die alle onder de reikwijdte van de PRMA vallen³⁰:

²⁸ Peppin, P., 2002, p. 581.

²⁹ Zo werd in deze wet onder meer beschreven dat de zorgverlener bij toepassing van een vrijheidsbeperking iedere vijftien minuten de patiënt moest controleren. In het parlement werd aangegeven dat dit van geval tot geval kon verschillen en dat het ter beoordeling van de zorgverlener diende te zijn hoe hiermee moest worden omgegaan. Bilodeau, M., e.a., 2001.

³⁰ Monticone, G., 2000, CNO, 2004, p. 4, Bilodeau, M., e.a., 2001, p. 47, Gerontological Nursing Interventions Research Centre, 1997.

1. *Physical restraint*

Dit is het op enigerlei wijze beperken van de bewegingsvrijheid van het lichaam van de patiënt of een deel daarvan, teneinde controle uit te oefenen op diens lichamelijke activiteit (bewegingsbeperking)

2. *Environmental restraint*

Iedere voorziening die de bewegingsvrijheid van een patiënt beperkt en hem daardoor dwingt om in een specifiek gebied of op een bepaalde locatie te verblijven (mobiliteitsbeperking).

3. *Chemical restraint*

Het gebruik van psychofarmaca, anders dan met het oog op een medische behandeling, teneinde de orde te bewaren of bij wijze van noodvoorziening. Sommigen omschrijven de doelstelling als het doelgericht verhinderen van een bepaald gedrag of een bepaalde beweging van een patiënt.

Opvallend is dat de wet ook een alternatieve methode voor vrijheidsbeperking definieert, en wel als volgt:

“Alternative method” means, with respect to the prevention of serious bodily harm to a patient or to others, a method that imposes less control on the patient than restraining or confining the patient or using a monitoring device on him or her.

De wet omschrijft twee gronden op basis waarvan vrijheidsbeperking is toegestaan.³¹ De eerste is dat een grotere vrijheid of meer levensvreugde wordt nagestreefd. Voor dit doel moet aan vijf cumulatieve voorwaarden zijn voldaan. Vrijheidsbeperking is dan toegestaan indien:

1. dit noodzakelijk is om ernstig lichamelijk letsel te voorkomen voor de patiënt of voor anderen;
2. is voldaan aan aanvullende criteria die zijn vastgelegd in een lagere regeling die gebaseerd is op deze wet;
3. de vrijheidsbeperking de patiënt een grotere vrijheid of meer levensvreugde geeft;
4. de vrijheidsbeperking is vastgelegd in een behandelingsplan en volgens de daarin opgenomen richtlijnen wordt uitgevoerd. Een lagere regeling kan nadere voorschriften bevatten onder welke omstandigheden vrijheidsbeperkingen in een behandelplan mogen worden opgenomen (art. 5).

Een tweede grond op basis waarvan vrijheidsbeperking is toegestaan is het voorkomen van ernstig lichamelijk letsel. Hierbij moet worden voldaan aan twee voorwaarden (art. 6), die gelijkkluidend zijn als de eerste twee genoemden onder art. 5. Het onderscheid met de eerste grond is op het eerste gezicht niet geheel helder, omdat ook bij het bevorderen van vrijheid en levensvreugde vereist is dat ernstig lichamelijk letsel wordt voorkomen. Met de tweede grond wordt echter meer een noodsituatie bedoeld, terwijl bij de eerste een extra motivatie noodzakelijk is alvorens vrijheidsbeperking mag worden toegepast.³²

In beginsel kan uitsluitend een arts tot toepassing van vrijheidsbeperking besluiten. De wet staat wel toe dat een arts achteraf toestemming geeft. Een lagere regeling kan eventueel ook andere personen bevoegd verklaren om vrijheidsbeperkingen voor te schrijven. Uit de literatuur blijkt dat, hoewel de wet dit niet met zoveel woorden vermeldt, de patiënt toestemming moet geven vooraleer een vrijheidsbeperking mag worden toege-

³¹ Zie ook Peppin, P., 2002, p. 582.

³² Bilodeau, M., e.a., 2001

past. Indien deze wilsonbekwaam is dient de toestemming te worden verleend door diens vertegenwoordiger. Dit gegeven brengt met zich mee dat vrijheidsbeperking van een wilsbekwame patiënt niet mogelijk is.³³

Verder kent de wet een aantal bepalingen die de kwaliteit van zorg bij toepassing van vrijheidsbeperking moeten waarborgen. Allereerst moet de zorgvoorziening beleid over vrijheidsbeperking maken in overeenstemming met de wet en daarop gebaseerde regelingen. De wet schrijft voor dat dit beleid in ieder geval het gebruik van alternatieve methoden dient te bevorderen. Het beleid moet op schrift worden gesteld en worden gezonden naar de Inspectie voor Gezondheidszorg. In de tweede plaats dienen zorgvoorzieningen voldoende toezicht te bewerkstelligen indien vrijheidsbeperkingen worden toegepast. Ook behoren zij ervoor zorg te dragen dat zorgverleners voldoende scholing krijgen in toepassing van vrijheidsbeperking. Regelingen die gebaseerd zijn op deze wet kunnen daartoe aanvullende voorschriften bevatten. In de derde plaats dient de toepassing schriftelijk te worden vastgelegd. Ook hiertoe kunnen nadere voorschriften worden vastgelegd in een nadere regeling, zoals de personen die hiervoor verantwoordelijk zijn en de wijze waarop dit dient te gebeuren. In de derde plaats moet de toepassing worden gemeld aan de personen die in de lagere regelingen zijn beschreven.

Tot slot kan een lagere regeling ook nog voorschrijven hoe een patiënt onder bepaalde omstandigheden in zijn vrijheid mag of moet worden beperkt.

10.6.4 'Common law'

Naast geschreven wetgeving is in Ontario ook zogeheten 'common law', dat wil zeggen recht gebaseerd op jurisprudentie, belangrijk. Uit de jurisprudentie volgt een algemene zorgplicht voor zorgaanbieders voor de veiligheid van patiënten. Daartoe moet een zorgaanbieder maatregelen nemen om iedere onveilige situatie te voorkomen. Deze plicht kan met zich meebrengen dat een zorgaanbieder vrijheidsbeperkingen moet toepassen om zo te voorkomen dat een patiënt zichzelf of anderen ernstig lichamelijk letsel toebrengt.³⁴ Er zijn enkele zaken uit de jurisprudentie bekend waarin het niet toepassen van een vrijheidsbeperking nadrukkelijk aan de orde kwam.³⁵ Volgens het rapport van de Restraints Task Force is de PRMA gedeeltelijk een codificatie van de 'common law'. Samengevat vloeien uit de 'common law' de volgende plichten voort³⁶:

- Toepassing van vrijheidsbeperking is gerechtvaardigd als naar het redelijk oordeel van een zorgverlener het gedrag van de patiënt indiceert dat er risico's zijn voor ernstig lichamelijk letsel voor de patiënt zelf of voor anderen.
- Het gedrag van de patiënt mag slechts worden beïnvloed door de minst ingrijpende vrijheidsbeperking die voor het doel geschikt is.
- Alternatieven voor vrijheidsbeperking moeten zijn overwogen, voordat tot vrijheidsbeperking wordt besloten.
- De toepassing van de vrijheidsbeperking, opsluiting of 'monitoring' moet gegeven de omstandigheden opportuun zijn.
- De redenen die hebben geleid tot de toepassing moeten schriftelijk worden vastgelegd in het dossier van de patiënt, alsmede de datum en het tijdstip waarop de toepassing plaatsvindt.
- Er dient voortdurend toezicht te zijn.

³³ Peppin, P., 2002, Bilodeau, M., e.a., 2001.

³⁴ In de PRMA wordt expliciet naar deze 'common law duty' verwezen en wel in art. 6 lid 2.

³⁵ Bilodeau, M., e.a., 2001, p. 42.

³⁶ Bilodeau, M., e.a., 2001, p. 40.

- Er moet regelmatig onderzoek plaatsvinden of de vrijheidsbeperking nog steeds nodig is.

10.6.5 Conclusie

De PRMA is de meest expliciete wet in Ontario inzake toepassing van vrijheidsbeperkingen en een zinvolle aanvulling in een woud van regels ten aanzien van vrijheidsbeperking die ten opzichte van elkaar weinig consistent zijn. In deze wet wordt een nieuwe stap gezet om rechtsbescherming te bieden bij toepassing van vrijheidsbeperking op plaatsen die buiten het kader van de psychiatrie vallen. Positieve aspecten zijn de ruime omschrijving van het begrip 'vrijheidsbeperking', de stimulans voor zorgaanbieders om naar alternatieven te zoeken teneinde ernstig lichamelijk letsel voor de patiënt te voorkomen, het helder uiteenzetten van verantwoordelijkheden en de plicht voor zorgaanbieders om beleid ten aanzien van (het terugdringen van toepassing van) vrijheidsbeperking te ontwikkelen. Dit zijn zaken die ook in een Nederlandse wet ten aanzien van vrijheidsbeperking gestalte zouden kunnen krijgen.

De uitgangspunten die bij PRMA een rol hebben gespeeld, een ruime werking, het stimuleren van de eigen verantwoordelijkheid van zorgaanbieders en het nastreven van een optimale bescherming bij toepassing van vrijheidsbeperking, zijn eveneens onderdelen die in de Nederlandse wetgeving een rol zouden moeten spelen.

Opvallend is dat veel wordt overgelaten aan lagere regelingen. Door deze veelheid aan delegatie verliest de wet aan daadkracht, temeer omdat twee jaar na invoering van deze wet nog steeds geen enkele regeling is gerealiseerd.³⁷ Met name op het terrein van registratie, melding en toezicht van buitenaf is dit cruciaal, omdat zonder deze de wet weinig toegevoegde waarde heeft. Ook is de reikwijdte vooralsnog niet uitgebreid tot andere instellingen dan ziekenhuizen, terwijl op die andere plaatsen meer duidelijkheid ten aanzien van vrijheidsbeperking evenzeer is gewenst.

Het bevorderen van flexibiliteit in regelingen is weliswaar een middel om de eigen verantwoordelijkheid van zorgaanbieders te stimuleren, maar wanneer de regeling te open wordt bestaat het gevaar dat dit ten koste gaat van de rechtszekerheid van betrokkenen, zo werd in hoofdstuk 4 aangegeven. Het ontbreken van nadere regelingen was ook het bezwaar van de meeste respondenten die ik over dit onderwerp geïnterviewd heb. Zij wezen erop dat zonder deze regelingen de wet een papieren tijger zou blijken. Deze vrees is waarschijnlijk terecht. Vooralsnog ontbreekt evaluatieonderzoek en literatuur over het functioneren van de PRMA die hierover meer duidelijkheid kan geven. Het eigen onderzoek kwam in 2002 te vroeg om reeds harde uitspraken te kunnen doen. Desondanks laat de praktijk in Ontario zien, dat het bij het invoeren van een wet als de PRMA van belang is, dat wanneer lagere regelingen worden overwogen, deze tegelijk met de hoofdwet in werking treden.

Op dit moment leunt de praktijk in Ontario nog vooral op de 'common law'. In tegenstelling tot in Nederland is hier uitgebreidere jurisprudentie met betrekking tot onder welke omstandigheden vrijheidsbeperking is toegestaan. Minder dan de PRMA prikkelt de common law echter tot het zoeken naar alternatieve mogelijkheden en het ontwikkelen van een actief beleid door zorgaanbieders, zodat toch behoefte blijft aan een goed functionerende wet inzake toepassing van vrijheidsbeperkingen.

³⁷ Hier wordt volgens CNO, 2004, p. 3 wel aan gewerkt.

Over het geheel gezien kan geconcludeerd worden dat de aanzet van de PRMA weliswaar goed is, maar dat deze nog te weinig ingevuld is om als 'volledig voorbeeld' voor de Nederlandse situatie te fungeren.

10.7 Naar een wet verantwoorde toepassing van vrijheidsbeperkingen

Dit onderzoek betrof een zoektocht naar de mate van rechtsbescherming van psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperking. In de vorige paragrafen werd geconstateerd dat die rechtsbescherming thans nog onvoldoende is. Ook werden een aantal aanbevelingen gedaan die een bijdrage kunnen leveren aan de vraag hoe de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperking kan worden verbeterd. In deze paragraaf wil ik nog een stap verder gaan door een concreet beeld te geven van de contouren van een alternatieve regelgeving. Naar mijn idee bevatten de uitkomsten van het onderzoek voldoende aanknopingspunten om te komen tot voorstellen voor een nieuwe regeling.

De alternatieven die in de vorige twee paragrafen werden besproken en de daartegen aangevoerde bezwaren laten zien dat het creëren van een deugdelijk kader bepaald geen eenvoudige zaak is. Probleem daarbij is tevens dat wat voor de ene patiëntengroep wel een goede oplossing lijkt, voor een andere groep geen soelaas hoeft te bieden.

Dit euvel kan ook kleven aan het voorstel dat hier door mij beschreven wordt. Het voorstel betreft een wettelijke regeling die tot doel heeft de rechtsbescherming van psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperking te verbeteren. In hoeverre de regeling eveneens betekenis zou kunnen hebben voor andere patiëntengroepen, zoals verstandelijk gehandicapten, psychiatrische patiënten uit de gbgb-categorie, of wellicht zelfs alle psychiatrische patiënten, blijft nadrukkelijk buiten beschouwing. Ik beperk mij hier tot de door mij onderzochte groep: de psychogeriatrische patiënten.

Aan de orde komen achtereenvolgens de gekozen uitgangspunten en doelstellingen, de vorm en werkingssfeer, de reikwijdte en de inhoud van de voorgestelde regeling. Een volledige uitwerking van de voorgestelde wettelijke regeling is te vinden in de bijlage.

10.7.1 Uitgangspunten

De huidige wetgeving beschermt zelfbeschikking door nadere regels te stellen bij dwang en bij onvrijwillige opname. De rechtspositie van psychogeriatrische patiënten en dan met name van degenen die niet in staat zijn om keuzemogelijkheden te uiten, worden onvoldoende beschermd. Verschillende malen werd betoogd dat een ruimere bescherming zou kunnen worden geboden door naast zelfbeschikking tevens vrijheid meer onder de bescherming van een wettelijke regeling te plaatsen.

Eerder werd ook gesteld dat met het beginsel van goede en verantwoorde zorg een menswaardige behandeling wordt nagestreefd. Dit vergt bij overwegingen omtrent vrijheidsbeperkingen een objectieve belangenafweging tussen vrijheid en zelfbeschikking enerzijds, en bescherming anderzijds. Een dergelijke afweging benadrukt de eigen verantwoordelijkheid van zorgverleners bij een toepassing van vrijheidsbeperking. Daar tegenover zou dan echter wel een systeem moeten staan dat beslissingen van zorgverleners transparant en toetsbaar maakt. Onjuiste toepassingen kunnen zonodig gecorrigeerd worden.

De doelstelling van de wettelijke regeling zou als volgt kunnen worden geformuleerd:

'Het verbeteren van de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperkingen door het vastleggen van kaders voor goede en verantwoorde zorg en door het introduceren van enkele instrumenten die

de rechtsbescherming bevorderen. De zorg dient daarbij zodanig te worden georganiseerd dat vrijheidsbeperking zoveel mogelijk kan worden vermeden.'

Rechtsbescherming impliceert in dit verband in de eerste plaats een nauwkeurige omschrijving van rechten van psychogeriatricische patiënten. In de tweede plaats brengt rechtsbescherming met zich mee dat vast komt te staan onder welke omstandigheden een inbreuk mag of in het kader van goede en verantwoorde zorg zelfs moet worden gemaakt. Als een beperking onvermijdelijk is dient verder gewaarborgd te zijn dat gezocht wordt naar een manier die het minst ingrijpend is voor betrokkene. Om dit te bewerkstelligen moeten er goede procedurele waarborgen zijn, waaronder een adequate vertegenwoordigingsregeling voor de situatie dat een patiënt niet tot beslissen in staat is. Bovendien is het belangrijk dat situaties waarin een inbreuk op iemands rechten wordt gemaakt zichtbaar en toetsbaar zijn. Tot slot is van belang dat er een mogelijkheid is om het recht te handhaven wanneer rechten ten onrechte geschonden zijn. Bij het invullen van de laatste twee punten dient in ogenschouw te worden genomen dat psychogeriatricische patiënten veelal niet of nauwelijks in staat zijn om te ageren indien (ten onrechte) een inbreuk op rechten wordt gemaakt.

Het tweede deel van de doelstelling brengt met zich mee dat zorgaanbieders een beleid ontwikkelen dat erop is gericht om het gebruik van vrijheidsbeperkingen zoveel mogelijk te voorkomen en terug te dringen. Zorgverleners dienen er steeds van doordrongen te zijn dat vrijheidsbeperking ingrijpt op de menswaardigheid van personen en bovendien een risicovolle ingreep is die zoveel mogelijk moet worden vermeden.

De Wet bopz richt zich op individuele behandeling en individuele rechtsbescherming. De mate waarin vrijheidsbeperkingen worden toegepast, is echter niet alleen het gevolg van individuele behandelingsbeslissingen, maar kan tevens een uitvloeisel van beleid zijn dat een instelling, behandelaar of organisatie voert. Regelgeving dient ook voor dit aspect aandacht te hebben en op beleidsmatig niveau te stimuleren dat vrijheidsbeperkende maatregelen zoveel mogelijk worden voorkomen en dat steeds naar alternatieven wordt gezocht. Van belang is dat instellingen een visie ontwikkelen op vrijheidsbeperkingen. Dit kan bijvoorbeeld tot uitdrukking komen in een intern kwaliteitssysteem met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperkingen.

10.7.2 Vorm en werkingssfeer van de gekozen regeling

Het proportionaliteits- en het subsidiariteitsbeginsel brengen met zich mee dat als overheidsinterventie noodzakelijk is, aanpassing of beter gebruik van bestaande instrumenten de voorkeur heeft boven het ontwikkelen van nieuwe. Een aantal wetten heeft reeds patiëntenrechten direct of indirect tot onderwerp. De Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo) regelt patiëntenrechten in de algemene hulpverlener-patiëntrelatie, de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet bopz) treft voorzieningen voor rechten van patiënten bij onvrijwillige opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, terwijl de Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz) en de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet big) als uitvloeisels van het beginsel van goede zorg en art. 22 GW ertoe bijdragen dat de kwaliteit van zorg voor patiënten gewaarborgd is. Het klachtrecht (Wkcz) en het tuchtrecht (Wet big) bieden een instrumentarium om het recht te beschermen, naast algemene instrumenten als het civiele recht, het strafrecht en het bestuursrecht.

Door aan te sluiten bij bestaande regelgeving, dat wil zeggen door geen aspecten op nieuw te regelen die al in andere wetten worden geregeld, wordt voldaan aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Een algemene zorgwet voor psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg zoals die door de werkgroep van de Inspectie wordt voorgestaan voldoet minder aan deze uitgangspunten, omdat andere wettelijke regelin-

gen het beginsel van goede en verantwoorde zorg in algemene zin in voldoende mate ondersteunen. Bij het introduceren van een algemene zorgwet bestaat bovendien het gevaar dat de overheid aan het veld te zeer gaat voorschrijven hoe de zorg ingericht moet zijn, zodat onvoldoende ruimte bestaat voor innovaties. Om die reden acht ik het ook niet wenselijk om een instrument als een schriftelijk behandel- of zorgplan voor te schrijven. Met behulp van de Kwz en de Wet big heeft de Inspectie daarenboven de mogelijkheid om in te grijpen, indien de kwaliteit van zorg door de wijze waarop deze is georganiseerd onvoldoende verantwoord is.

Aansluiting bij bestaande wetgeving is tevens van belang, omdat aldus voorkomen kan worden dat in verschillende situaties met verschillende wettelijke kaders gewerkt moet worden. De ervaringen met de Wgbo en de Wet bopz laten zien dat dit leidt tot inconsistenties en onduidelijkheid. Om het wettelijk kader voor de zorg niet complexer te maken dan het al is, dient de nieuwe regeling voor wat betreft de psychogeriatricie echter wel in de plaats te komen van de Wet bopz.

Totnogtoe kunnen toepassingen van vrijheidsbeperking worden overeengekomen. Zowel op de voet van de Wgbo als van de Wet bopz kan toestemming worden gegeven voor vrijheidsbeperkingen, hetzij door de patiënt zelf hetzij door diens vertegenwoordiger. Zolang geen sprake is van verzet door de patiënt kan de beperking doorgang vinden.

Als iemand weloverwogen met iemand anders overeenkomt om zijn vrijheid te beperken is daar niets op tegen, zeker niet als hij die beperking onmiddellijk ongedaan kan laten maken wanneer hij dit wenst. Aan de maatregel wordt dan in feite het vrijheidsbeperkende karakter ontnomen: in de eerste plaats kiest hij voor de maatregel en in de tweede plaats kan hij bewerkstelligen dat de beperking eindigt op het moment dat hij het wenst. Ook als de patiënt wilsonbekwaam is kunnen hulpverleners en vertegenwoordigers onder de huidige wetgeving echter overeenkomen dat deze in zijn vrijheid beperkt wordt. Het beschermen van de vrijheid is een taak van de overheid. Het past daarbij niet om beperkingen van de vrijheid door middel van een overeenkomst waar de persoon in kwestie zelf niet bij betrokken is aan het toezicht van de overheid te onttrekken.

Meer geschikt is naar mijn idee het bestuursrecht waarin tot uitdrukking komt dat het beschermen van de vrijheid een overheidstaak is. Evenals in de Wet bopz het geval is moet daarbij ruimte zijn voor inspraak door of namens de patiënt. Daarnaast behoren de zorgverleners voldoende mogelijkheid te hebben om goede en verantwoorde zorg uit te oefenen. Om dit laatste te bewerkstelligen is terughoudendheid in regelgeving geboden. Anderzijds behoort van regelgeving een stimulans voor zorgaanbieders uit te gaan om een beleid met betrekking tot het toepassen van vrijheidsbeperkingen bij psychogeriatriche patiënten te ontwikkelen.

10.7.3 Reikwijdte

Eén van de knelpunten die zich in de huidige wetgeving met betrekking tot de rechtsbescherming van psychogeriatriche patiënten voordoet, is het feit dat het begrip 'verzet' bij deze groep niet adequaat kan worden gedefinieerd, waardoor vrijheidsbeperkende maatregelen niet onder de werking van de dwangbehandelingsregeling vallen. Een manier om dit te ondervangen is uit te gaan van een ruimer begrip dan dwangbehandeling. Naar mijn idee is het begrip 'vrijheidsbeperking' het beste startpunt om wetgeving op te baseren. In dit proefschrift werd dit begrip steeds als volgt omschreven:

‘Interventies of non-interventies die in de zorg worden toegepast, dan wel worden nagelaten, en die als doel of neveneffect hebben dat de vrijheid van psychogeriatrische patiënten wordt aangetast.’

Vrijheidsbeperking omvat het door anderen beperken van de keuzevrijheid óf van de fysieke vrijheid, de bewegingsruimte. Er kan bij vrijheidsbeperking sprake zijn van dwang, maar noodzakelijk is dit niet. Ook valt onder dit begrip een beperking van de bewegingsvrijheid die gekwalificeerd kan worden als vrijheidsbeneming. Zoals hiervoor reeds gesteld werd, ontnemt slechts een weloverwogen keuze van de patiënt zelf het vrijheidsbeperkende karakter aan een maatregel. Bovendien geldt dit alleen als hij zelf ook het einde van een maatregel kan bewerkstelligen.

Het idee om van het begrip vrijheidsbeperking uit te gaan is niet nieuw. Ook de werkgroep van de Inspectie die de Minister adviseerde over verantwoorde zorg is hiervan uitgegaan. In Ontario wordt in de verschillende wetten eveneens van het begrip ‘vrijheidsbeperking’ uitgegaan.

Een tweede knelpunt is het instellingsgebonden karakter van de Wet bopz. Uit het onderzoek komt duidelijk naar voren dat er behoefte is aan een wet die betrekking heeft op de gehele psychogeriatricische zorg en die zich niet beperkt tot een bepaald type instelling. Dit strookt met het beleid van de overheid om zorg niet plaatsafhankelijk te laten zijn, maar patiëntgericht. Dat betekent dat de reikwijdte van de wet zich moet uitstrekken van de thuiszorg tot intramurale instellingen, waarbij bedacht moet worden dat thans bestaande aanduidingen voor zorginstellingen door het ontstaan van nieuwe zorgvoorzieningen in de toekomst kunnen verdwijnen. Tijdens een invitational conference die over nieuwe wetgeving gehouden werd, kwam aan de orde dat met het van toepassing verklaren van een wettelijke regeling inzake vrijheidsbeperkingen in de thuissituatie een grens overschreden wordt. Het recht op privacy komt dan immers onder druk te staan. Toch is dit wenselijk en geoorloofd zolang bij de toepassing professionele zorgverleners betrokken zijn.³⁸

Het is denkbaar dat toepassing van bepaalde vrijheidsbeperkingen, zoals bijvoorbeeld separatie, slechts mag gebeuren in specifieke zorgvormen.³⁹ Overwegingen om beperkingen aan te brengen kunnen bijvoorbeeld zijn gelegen in het ontbreken van een specifieke deskundigheid bij een zorgvoorziening of in het feit dat een bepaalde toepassing omstandigheden vereist die bij de betreffende voorziening niet kunnen worden geboden.

De wet zoals die door mij voorgesteld wordt richt zich op psychogeriatricische patiënten. Dat betekent dat het kader patiëntvolgend en niet zorgvormvolgend dient te zijn. Dit gegeven sluit aan bij het beleid van de overheid om de zorg vraaggestuurd in te richten en niet aanbodgestuurd. Wanneer zorg aan psychogeriatricische patiënten gedefinieerd moet worden, betekent dit echter dat zich een nieuw grensgebied voordoet, namelijk indien zorg niet rechtstreeks op de psychogeriatricische aandoening gericht is. Een voorbeeld is de situatie waarin een psychogeriatricische patiënt na een val door een fysiotherapeut behandeld wordt. Hoewel de val op zichzelf veroorzaakt kan zijn door de psy-

³⁸ Op 20 november 2002 werd door mij in samenwerking met B.J.M. Frederiks een invitational conference georganiseerd over de wenselijkheid van een alternatieve wettelijke regeling voor toepassing van vrijheidsbeperkingen bij psychogeriatricische patiënten en verstandelijk gehandicapten. Ook de inhoud en vorm van dergelijke wetgeving werden besproken.

³⁹ Overigens is separatie onder de vigerende wetgeving in het geheel niet toegestaan in verpleeginrichtingen

chogeriatische aandoening, heeft de behandeling door de fysiotherapeut geen betrekking op de aandoening zelf. Ook hoeft van sommige patiënten niet altijd even duidelijk te zijn dat het om psychogeriatische problematiek gaat.

Deze grensproblematiek zou ondervangen kunnen worden door de wet van toepassing te verklaren op alle situaties in de zorg waarin vrijheidsbeperkende maatregelen worden toegepast, ongeacht welke patiënt het betreft. Indien het voortbestaan van een wet als de Wet bopz gewenst is, zou de wet uitgesloten kunnen worden voor situaties waarin deze wet moet gelden. Ook in Ontario is voor een dergelijke opzet gekozen bij de Patient Restraints Minimization Act.

Een andere mogelijkheid is dat alle zorgvoorzieningen waarbinnen mogelijk vrijheidsbeperkingen worden toegepast in de wet of in een AMvB genoemd worden. Deze aanpak heeft als nadeel dat rechtsbescherming afhankelijk is van de vraag of de zorgvoorziening in de regeling genoemd wordt.⁴⁰

Een andere moeilijkheid is de vraag welke vrijheidsbeperkingen onder de werking van de wet moeten worden gebracht. Nadeel van een ruime definitie is wellicht dat ook bij geringe vrijheidsbeperking een grote administratieve last van zorgverleners wordt gevraagd. In drie invitational conferences die gehouden zijn naar aanleiding van verschillende onderzoeken en één zelfs met het oog op het ontwikkelen van een wet verantwoordde toepassing vrijheidsbeperking, bleek het niet mogelijk om een bevredigend onderscheid te vinden tussen lichtere maatregelen⁴¹ die niet onder de wet zouden hoeven vallen en zwaardere die in ieder geval onder de reikwijdte moeten vallen. Net als bij het onderscheid vrijheidsbeperking-dwang geldt ook hier dat wanneer geen duidelijk onderscheid gemaakt kan worden, uitgegaan moet worden van de situatie waarin de meeste rechtsbescherming wordt geboden.

Om de wet desondanks flexibel te houden zou zij de mogelijkheid moeten kunnen bieden om op grond van onderzoek of evaluatie bepaalde (categorieën van) vrijheidsbeperkingen van de wet uit te sluiten omdat zij te licht bevonden worden, terwijl andere uitsluitend in bepaalde zorgvoorzieningen mogen worden toegepast, omdat zij specifieke deskundigheid en omstandigheden vereisen. Die flexibiliteit zou kunnen worden bewerkstelligd door de mogelijkheid te openen om bij algemene maatregel van bestuur een lijst voor lichte beperkingen en een voor zware beperkingen op te stellen. Aanvullend onderzoek op dit terrein is wenselijk.⁴²

⁴⁰ Ook deze aanpak is in de Patient Restraints Minimization Act van Ontario terug te vinden. Zie hierover par. 10.6. Om de werking van de wet niet te zeer te beperken, verdient het – in tegenstelling tot waarvoor men in Ontario gekozen heeft –, de voorkeur om in de wet uit gaan van een ruime omschrijving en bij AMvB (bepaalde vormen van) vrijheidsbeperking zonodig uit te sluiten voor specifieke zorgvoorzieningen.

⁴¹ Een voorbeeld van een lichte maatregel waarvan het de vraag is of daar nadere bescherming voor nodig is, is de situatie waarin een psychogeriatische patiënt ervan wordt weerhouden om meer dan vijf sigaretten per dag te roken of meer dan drie koppen koffie te drinken. Bij AMvB zouden dan bijvoorbeeld vrijheidsbeperkingen die uit zorgoogpunt worden toegepast en die ingrijpen op de keuzevrijheid en niet op de bewegingsvrijheid buiten de werking van de wet gehouden kunnen worden.

⁴² In Ontario worden, zoals in par. 10.6, werd beschreven drie vormen van vrijheidsbeperking onderscheiden: physical restraint, chemical restraint en environmental restraint. Expliciet worden ook 'monitoring devices' onder vrijheidsbeperking begrepen. De gebezigde begrippen zijn werkbaar, al vermeldt de literatuur ook hier een 'grijs gebied'. Zie Bilodeau, M., e.a., 2001. Het verdient aanbeveling op dit terrein ook andere jurisdicties te bestuderen.

10.7.4 Inhoud regeling

10.7.4.1 Inleiding

In de vorige onderdelen van deze paragraaf werd ingegaan op de uitgangspunten voor een nieuwe regelgeving, alsmede op de vorm en werkingssfeer zoals die door mij wordt voorgestaan en de reikwijdte van de nieuwe wettelijke regeling. Deze paragraaf gaat in op de vraag wat een wet verantwoorde toepassing van vrijheidsbeperking inhoudelijk zou moeten bevatten. Voor een concrete uitwerking van de voorgestelde wet verwijs ik nogmaals naar de bijlage.

10.7.4.2 De bevoegde personen

De procedure met betrekking tot het toepassen van vrijheidsbeperkingen dient allereerst een regeling te bevatten van de personen die bevoegd zijn om vrijheidsbeperkingen toe te passen. In de praktijk blijken dikwijls verzorgenden of verpleegkundigen fysieke vrijheidsbeperkingen toe te passen.⁴³ De beslissing om een vrijheidsbeperking te gebruiken behoort echter bij een arts te liggen. Uitsluitend een arts kan voor bepaalde fysieke vrijheidsbeperkingen beoordelen of die veilig kunnen worden toegepast en in hoeverre het nodig is voor een fysieke beperking te kiezen of in plaats daarvan medicatie te gebruiken. Bovendien kan een arts een afweging maken of een vrijheidsbeperking geïndiceerd is, in hoeverre minder ingrijpende alternatieven kunnen worden gebruikt en voor welke vrijheidsbeperking in een voorliggende situatie gekozen moet worden.

Een arts kan wel delen van de uitvoering overlaten aan anderen die daartoe bekwaam zijn. De constructie van de regelgeving zou echter zodanig moeten zijn dat een arts eindverantwoordelijk blijft.

Een soortgelijke constructie is terug te vinden in de Wet big bij voorbehouden handelingen. Ook bij het aanbrengen van bijvoorbeeld een infuus is het niet altijd mogelijk en nodig dat een arts de handeling zelf verricht. Hij kan de uitvoering dus aan anderen overlaten. In veel gevallen zal dat een verzorgende of een verpleegkundige zijn.

Wanneer vrijheidsbeperkende maatregelen worden beschouwd als voorbehouden handelingen, heeft dit tot gevolg dat het aan particulieren verboden is om vrijheidsbeperkingen zonder tussenkomst van een arts uit te voeren. Een expliciet verbod daartoe in de wet is niet nodig, omdat in voorkomende gevallen het strafrecht volstaat. Op deze manier mengt de overheid zich niet verder dan nodig is in de privé-sfeer.

Het is binnen deze constructie niet ondenkbaar dat privé-personen in samenwerking met een arts in de thuissituatie toch vrijheidsbeperkingen uitvoeren, namelijk als zij voldoende bekwaam zijn om dit te doen.

10.7.4.3 Een omschrijving van de omstandigheden waaronder vrijheidsbeperkingen geoorloofd zijn

Eén van de klachten over de Wet bopz is het feit dat deze te weinig ruimte zou bieden voor het betrachten van verantwoorde zorg. Indien een patiënt zich verzet mag pas dwangbehandeling worden toegepast wanneer dit strikt noodzakelijk is om gevaar voor de patiënt zelf of voor anderen weg te nemen. Zorgverleners betogen nogal eens dat eerder ingegrepen zou moeten kunnen worden wanneer dit de gezondheidstoestand van de patiënt ten goede komt. Nu komt het wel eens voor dat schade wordt berokkend, waarvan door zorgverleners wordt gesteld dat die voorkomen had kunnen worden wanneer men eerder had kunnen handelen.

⁴³ Hamers, J.P., W. Strik, D.C.A. Smulders, et al., 2001, Hamers, J.P. en F.C.B. Wijmen, van, 2003.

Ook overigens biedt de Wet bopz weinig aanknopingspunten. Weliswaar dient het behandelingsplan gericht te zijn op het zodanig verbeteren van de stoornis dat het gevaar dat heeft geleid tot de onvrijwillige opneming, wordt weggenomen, maar op psychogeriatrische patiënten is dit vanwege het onomkeerbare karakter van de aandoening nauwelijks toepasbaar. De meeste vrijheidsbeperkingen die in de psychogeriatric worden toegepast vallen bovendien buiten dit kader.

Teneinde zorgverleners ruimte te bieden voor verantwoorde zorg verdient het daarom aanbeveling om uit te gaan van een neutraler omschreven criterium. Analoom aan het opnemingscriterium dat thans geldt voor psychogeriatrische patiënten die niet de nodige bereidheid tot opneming tonen maar zich daar ook niet tegen verzetten, stel ik een noodzakelijkheidscriterium voor. Een vrijheidsbeperking zou slechts dan moeten plaatsvinden als een arts uit oogpunt van verantwoorde zorg de noodzaak van toepassing heeft vastgesteld. Daarbij zou in aanmerking moeten worden genomen of de vrijheidsbeperking doelmatig is, in verhouding staat tot het doel dat beoogd wordt en er geen redelijk alternatief is met een minder ingrijpend karakter.

Daarnaast moet aan aanvullende voorwaarden worden voldaan, te weten de toepassing moet verantwoord zijn; er moet toestemming zijn van de patiënt, of in geval van wilsonbekwaamheid van diens vertegenwoordiger.

Een vrijheidsbeperking zou alleen bij wijze van ultimum remedium dienen te worden ingezet. Een patiënt dient door toepassing ervan beter af te zijn dan wanneer dit niet gebeurt. In de afweging moet ook de plaats worden betrokken waar de patiënt verblijft: is het te verkiezen dat de patiënt bij de huidige zorgvoorziening in zijn vrijheid wordt beperkt, of kan hij beter worden overgeplaatst naar een intensievere zorgvorm?

Het verdient geen aanbeveling omstandigheden of situaties waarin vrijheidsbeperking mag of moet worden toegepast concreet te beschrijven. Dit maakt de wet te weinig flexibel, omdat zo niet kan worden ingespeeld op nieuwe ontwikkelingen in de zorg. Opvattingen over wanneer vrijheidsbeperking wenselijk is kunnen immers wijzigen.⁴⁴

10.7.4.4 Kwaliteit en transparantie

De huidige wettelijke regelingen voorzien te weinig in het verbeteren van de kwaliteit van zorg ten aanzien van vrijheidsbeperkingen. Zorgaanbieders hebben weinig of geen zicht op de beperkingen die binnen de eigen setting plaatsvinden en ondervinden derhalve weinig stimulans tot innovatie. Dit gegeven wordt versterkt door het feit dat de Inspectie er onvoldoende in is geslaagd om aan haar toezichthoudende taak bij de individuele rechtsbescherming in de geestelijke gezondheidszorg invulling te geven. Naar mijn mening dient daarom in een nieuwe regeling de eigen verantwoordelijkheid van zorgaanbieders bevorderd te worden, waarbij de Inspectie weliswaar toezicht houdt op vrijheidsbeperkingen, maar meer in haar oorspronkelijke rol van algemeen toezichthouder op afstand.

In mijn voorstel voorziet een registratiesysteem in een instrument voor de zorgaanbieder om zowel op individueel als op beleidsmatig niveau er voor zorg te dragen, dat een zorgvuldige afweging plaatsvindt bij toepassing van vrijheidsbeperkingen en dat het aantal toepassingen zoveel mogelijk wordt teruggedrongen. De Inspectie krijgt jaarlijks een overzicht met betrekking tot het aantal toegepaste vrijheidsbeperkingen. Daarnaast behoort de zorgaanbieder op verzoek de gegevens over een bepaalde persoon ter beschikking te stellen.

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld de recente richtlijn van het CBO, 2004 die het gebruik van vrijheidsbeperkingen afraadt, omdat volgens de heersende opvattingen in de literatuur toepassing van vrijheidsbeperking het aantal valincidenten niet vermindert.

In feite kan bovenstaande gezien worden als een nadere invulling van de Kwaliteitswet zorginstellingen die aan zorgaanbieders de opdracht geeft een kwaliteitssysteem te ontwikkelen en een kwaliteitsjaarverslag op te stellen. In mijn visie zou dit kwaliteitssysteem in ieder geval ook de monitoring dienen te bevatten van de toepassing van vrijheidsbeperkingen. Bovengenoemde registratie geeft daar uitdrukking aan. Deze zou zich dienen te ontwikkelen tot een krachtig kwaliteitsinstrument dat kan worden ingezet om de toepassing van vrijheidsbeperkingen zoveel mogelijk te beperken. Aldus gebruikt zouden gegevens met betrekking tot het vastleggen van vrijheidsbeperkingen meer dan in de vigerende wetgeving het geval is, kunnen prikkelen tot het direct beïnvloeden van het beleid van zorgaanbieders bij het toepassen van vrijheidsbeperkingen. Het kwaliteitsjaarverslag kan bovendien door de Inspectie worden gebruikt om inzicht te krijgen op welke wijze een zorgaanbieder invulling geeft aan dit beleid.

Uit het onderzoek naar toepassing van vrijheidsbeperkingen bij psychogeriatric patiënten en verstandelijk gehandicapten op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is, blijkt dat een aantal grote concerns in de verstandelijk gehandicaptenzorg reeds een start hebben gemaakt met een concern-breed beleid inzake vrijheidsbeperkingen, zoals dat hier wordt voorgestaan. Uit de interviews kwam naar voren dat de administratieve lasten die met het vastleggen van vrijheidsbeperkingen en het vorm geven van het beleid zijn gemoeid, door betrokkenen als minder bureaucratisch worden ervaren naarmate men beter ziet wat het nut en de effecten ervan zijn. In dit licht is het belangrijk dat steeds een terugkoppeling van het beleid plaatsvindt naar de werkvloer.

De overheid zou een bijdrage kunnen leveren aan vermindering van administratieve lasten voor zorgaanbieders, door het voortouw te nemen in de ontwikkeling van een elektronisch registratiesysteem. Daardoor kan het registreren worden vergemakkelijkt.

Mocht in de praktijk blijken dat bovengenoemde aanwijzingen onvoldoende richting geven aan het laten ontstaan van een krachtig kwaliteitsinstrument, dan is het zaak dat er bijsturing plaats kan vinden. De Inspectie heeft daar vanuit de Kwaliteitswet zorginstellingen voldoende instrumenten voor, al blijkt uit de evaluatie van deze wet dat zij van deze mogelijkheden weinig gebruik maakt. In dit voorstel sluit de rol van de Inspectie in ieder geval meer aan op hetgeen zij van oudsher doet: het houden van algemeen toezicht. Voor de individuele rechtsbescherming is de Inspectie onvoldoende geoutilleerd. Die zal derhalve op een andere manier gerealiseerd moeten worden.

Een schriftelijke zorgvisie kan het beleid van een zorgaanbieder transparanter maken. Hierin zou in ieder geval moeten staan welke vrijheidsbeperkingen binnen de eigen setting op een verantwoorde wijze kunnen worden toegepast, en op welke wijze dit kan gebeuren. Ook kan de zorgvisie richtlijnen bevatten voor wat grenzen zijn van de zorg die op dit punt binnen de eigen setting nog kan worden geboden en onder welke omstandigheden overplaatsing nodig is. Op basis van de zorgvisie kan een zorgaanbieder aangeven op welke wijze in de praktijk hieraan invulling wordt gegeven. Voordeel van de voorgestelde opzet is dat de Inspectie het beleid op basis van de Kwz achteraf kan toetsen aan de zorgvisie.

10.7.4.5 Onvrijwillige opname als bijzondere vrijheidsbeperking

Conform de glijdende schaal die bestaat tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming zou opname van psychogeriatric patiënten in een zorgvoorziening een plaats als bijzondere vrijheidsbeperking kunnen krijgen in een wet verantwoorde toepassing van vrijheidsbeperking.

Of een opname van een psychogeriatric patiënt vanwege zijn aandoening in een zorgvoorziening teneinde daar duurzaam te verblijven, beschouwd moet worden als

vrijheidsbeneming hangt af van verschillende factoren. Vaste jurisprudentie van het Europees Hof laat zien dat deze in dit verband toetst aan de aard, duur, effecten en de wijze van tenuitvoerlegging van de maatregelen. Indien sprake is van vrijheidsbeneming schrijft art. 5 Evrm voor dat er een adequate, wettelijk voorgeschreven procedure is. Deze moet minimaal aangeven:

1. wie de opneming kan voorstellen;
 2. om welke redenen de opneming kan worden voorgesteld;
 3. op welke medische en andere onderzoeken en conclusies de opneming is gebaseerd.
- Daarnaast dient in deze situatie de mogelijkheid te bestaan om de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming te laten toetsen bij een rechterlijke instantie.⁴⁵ Art. 15 GW bevat een soortgelijke verplichting en voegt daar bovendien aan toe dat hij in dat geval door de rechter wordt gehoord binnen een bij de wet te bepalen termijn. Daarbij komt dat de rechter de onmiddellijke invrijheidstelling behoort te gelasten, indien hij de vrijheidsbeneming onrechtmatig oordeelt.⁴⁶

Teneinde aan alle hierboven genoemde voorwaarden te voldoen is de voorgestelde opnemingsprocedure als volgt vormgegeven. In de eerste plaats wordt geen onderscheid gemaakt tussen de situatie waarin een opneming gekwalificeerd kan worden als vrijheidsbeneming en de situatie waarin dit niet het geval is. Door op voorhand optimale rechtsbescherming te bieden worden ingewikkelde discussies op dit vlak voorkomen. De voorgestelde procedure wijst de behandelend arts aan als de persoon die in overleg met patiënt of vertegenwoordiger opneming kan voorstellen (eerste voorwaarde). Opneming kan uitsluitend plaatsvinden als deze noodzakelijk is (tweede voorwaarde). Omdat de opneming een bijzondere vrijheidsbeperking is, moet het begrip noodzaak aan dezelfde eisen voldoen als hiervoor reeds uiteen werd gezet.

Het besluit tot opneming wordt genomen door een onafhankelijk bestuursorgaan. Dit orgaan kan geen opnemingsbesluit nemen zonder dat er toestemming is van de patiënt of ingeval van wilsonbekwaamheid van diens vertegenwoordiger. In mijn voorstel is het begrip 'verzet' niet meer juridisch relevant in de zin dat het apart onderzocht moet worden. Het gaat om het bepalen van de wilsbekwaamheid en daaraan gekoppeld het vragen van toestemming aan degene die daartoe bevoegd is. Een wilsbekwame weigering van de patiënt kan door het bestuursorgaan niet opzij worden gezet. Bij het ontbreken van toestemming moet het beoordelende orgaan indien opneming toch gewenst is een uitspraak vragen van een daartoe aangewezen provinciale geschillen en adviescommissie. Deze commissie wordt onder 10.7.4.7 nader besproken. Tegen de uitspraak van de geschillen en adviescommissie kan de patiënt in beroep gaan bij de rechter.

Indien de patiënt wilsonbekwaam ten aanzien van de opneming wordt bevonden, is het mogelijk dat de opneming tegen zijn wil wordt doorgezet. Zijn vertegenwoordiger dient dan echter toestemming te hebben gegeven. Indien er geen vertegenwoordiger is dient eveneens een uitspraak worden gevraagd aan de geschillen en adviescommissie.

In mijn voorstel heb ik ervoor gekozen om het oordeel over opneming neer te leggen bij het regionaal indicatieorgaan (RIO). Indien de samenstelling van dit orgaan zodanig ingevuld wordt dat zowel een deskundige, als een procedureel juiste en onafhankelijke

⁴⁵ In het arrest H.L.-United Kingdom, EHRM, 4-10-'04, no. 45508/99, 2004 wordt door het Europees Hof uitdrukkelijk overwogen dat een adequate procedure niet gelijk mag worden gesteld met de mogelijkheid de rechtmatigheid van een vrijheidsbeneming te laten toetsen door een rechterlijke instantie.

⁴⁶ Ook in de Grondwet is het begrip 'rechter' niet strikt gedefinieerd. Zie hierover de toelichting bij art. 15 in: Akkermans, P.W.C. en A.K. Koekkoek, 1992, p. 309-310.

beoordeling plaatsvindt, kan deze voldoen aan de eisen die door art. 5 Evrm en art. 15 GW worden gesteld.⁴⁷ Vooralsnog verdient het gebruik van een bestaand bestuursorgaan de voorkeur, omdat gebruikmaking van het RIO – die op grond van de AWBZ met soortgelijke taken is belast – voorkomt dat een nieuw bestuursorgaan moet worden opgericht. Dat neemt echter niet weg dat de opnemingsbeoordeling ook door een andere instantie kan worden ingevuld, als die daartoe beter geëquipeerd blijkt.

In mijn voorstel is de samenstelling van de commissie niet nader omschreven, zodat één regeling – thans het Zorgindicatiebesluit – kan volstaan voor de AWBZ en deze wet. Ter verbetering van de kwaliteit van de door het indicatieorgaan te nemen beslissingen kan de overheid er bij Algemene Maatregel van Bestuur voor zorg dragen dat de samenstelling van de indicatiecommissies zodanig is dat zij een deskundig oordeel kunnen vellen over de wilsbekwaamheid van de patiënt en de noodzaak tot opname. Met Van Ginneken ben ik van mening dat indicatieorganen zowel een jurist als algehele voorzitter en als voorzitter van deskundigencommissies zouden moeten hebben om ervoor te zorg te dragen dat de doelstellingen van de wettelijke regelingen worden bereikt.⁴⁸

Ook zorginhoudelijk dient voldoende expertise aanwezig te zijn om vast te kunnen stellen in hoeverre de opname noodzakelijk is en of de patiënt bekwaam is om met de opname in te stemmen. Overigens ontbreekt totnogtoe een instrument om wilsbekwaamheid inzichtelijk te maken. Eerder gaf ik reeds aan van mening te zijn dat het vaststellen van wilsonbekwaamheid in de eerste plaats een zorginhoudelijke beoordeling is en niet een juridische. De beoordeling heeft echter wel juridische gevolgen, vandaar dat ik in het voorstel binnen de context van vrijheidsbeperkingen het accent heb gelegd op een procedurele bescherming, namelijk door de besluitvorming vast te leggen.

Het Zorgindicatiebesluit zou verder waarborgen dienen te bevatten dat de beslissing tot opname gebaseerd wordt op een schriftelijk onderzoeksrapport, waaraan een gedegen onderzoek ten grondslag ligt naar onder andere de noodzaak voor opname, de geestelijke toestand van de patiënt, zijn bekwaamheid om met de opname in te stemmen. (derde voorwaarde).

Het verblijf van de patiënt in de zorgvoorziening dient minimaal één keer per jaar en vaker als verantwoorde zorg dit noodzakelijk maakt, te worden geëvalueerd. Daarmee wordt voldaan aan het vereiste van regelmatige toetsing dat ook door het Europees Hof in het arrest H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk gesteld lijkt te worden.

Zoals gezegd moet er een wettelijke regeling zijn getroffen voor de opname én dient er te kunnen worden geageerd tegen vrijheidsbeneming die als onterecht wordt ervaren. In deze mogelijkheid voorziet de eerdergenoemde geschillen en adviescommissie tot wie de patiënt zich, zonodig met behulp van de patiëntenrechtenconsulent, kan wenden met klachten over zowel de wilsonbekwaamheidsverklaring als de opname zelf. Beroep is mogelijk bij de rechter. Beide instanties moeten binnen vastgestelde termijnen (respectievelijk twee en drie weken) uitspraak doen, zodat ook aan de termijnis in de art. 15 GW is voldaan. Indien de klacht van de patiënt gegrond wordt verklaard heeft

⁴⁷ Zie Benthem, EHRM 23-10-'85, NJ 102, 1986. Het Hof overweegt hier: 'by the word "tribunal", it denotes "bodies which exhibit ... common fundamental features", of which the most important are independence and impartiality, and "the guarantees of judicial procedure".' Het indicatieorgaan voldoet aan deze kwalificaties. Dit zou anders zijn wanneer het tevens tot opdracht had de AWBZ-kosten beperkt te houden, of wanneer de onafhankelijkheid van de leden van de indicatiecommissie die in een concreet geval uitspraak doen niet gewaarborgd is.

⁴⁸ Ginneken, P.P.J.N., van, 2002.

dit tot gevolg dat de patiënt in vrijheid moet worden gesteld, conform hetgeen voorgescreven wordt in art. 5 Evrm en art. 15 GW.

10.7.4.6 *Individueel toezicht en bijstand.*

Een belangrijke constatering in de verschillende onderzoeken over de rechtspositie van psychogeriatrische patiënten is dat de individuele rechtsbescherming sterk tekort schiet. Door zorgaanbieders te stimuleren om kwaliteit van zorg te bieden en daarop algemeen toezicht te houden, wordt de rechtspositie van patiënten verbeterd. Toch bestaat het gevaar dat dit onvoldoende is. Ook onder de huidige wetgeving blijkt dat algemeen toezicht te weinig bijdraagt aan rechtsbescherming van het individu en dat behoefte bestaat aan meer individueel toezicht. De psychogeriatrische zorg zou daarom een figuur vergelijkbaar met de patiëntenvertrouwenspersoon in de psychiatrie moeten hebben, en wel een die kan optreden bij alle zorgvoorzieningen. In hoofdstuk 7 gaf ik reeds een aantal kwalificaties waaraan deze dan zou moeten voldoen en stelde ik de benaming 'patiëntenrechtenconsulent' voor. Een patiëntenrechtenconsulent kan het gat in de individuele rechtsbescherming opvullen dat in de huidige wetgeving wordt opengelaten door het niet goed functionerende individuele toezicht en klachtrecht.

In tegenstelling tot de patiëntenvertrouwenspersoon zou de patiëntenrechtenconsulent zich veel minder lijdelijk maar juist actief dienen op te stellen naar patiënten en hun vertegenwoordigers. Het is van belang dat hij zelf met mensen gaat praten, en zorgt dat hij de mensen kent en dat hij gekend wordt, zodat een vertrouwensband met betrokkenen kan ontstaan. Hij dient evenals de patiëntenvertrouwenspersoon onafhankelijk van de zorgaanbieder te zijn.

Aan te bevelen is dat de patiëntenrechtenconsulent een toezichthoudende rol vervult ten opzichte van de zorgaanbieder en op basis daarvan aanbevelingen kan doen. Een goede dialoog met de zorgaanbieder is daarbij belangrijk. Bij de zorgaanbieder dient een bewustwording op gang te komen van wat verantwoorde zorg is waarbij zo min mogelijk inbreuk wordt gemaakt op de rechtspositie van de patiënt.

Tot slot kan de patiëntenrechtenconsulent een tijdelijke rol als vertegenwoordiger vervullen voor die patiënten die zelf geen vertegenwoordiger hebben. In de praktijk blijkt het ontbreken van een vertegenwoordiger zich vaak voor te doen. Zorgverleners hebben dan dikwijls behoefte om de invulling van de zorg toch met een derde te bespreken en schakelen daarvoor vrienden, burens of verre familieleden in. Aangezien die echter lang niet altijd voorhanden zijn kan de inschakeling van een patiëntenrechtenconsulent ertoe bijdragen dat vertegenwoordiging voor de korte termijn in alle gevallen gewaarborgd is. Zonodig kan hij bij bekenden van de patiënt nadere informatie inwinnen om aldus een goede vertegenwoordigingsbeslissing te nemen. Verder stel ik voor dat de patiëntenrechtenconsulent een plicht heeft om bij de rechter instelling van een mentorschap te verzoeken, indien geen reguliere vertegenwoordiger meer gevonden kan worden, zodat vertegenwoordiging voor de langere termijn eveneens gewaarborgd en meer op maat is van de patiënt.

10.7.4.7 *Klachtrecht*

Het klachtrecht komt als sluitstuk van de rechtsbescherming voor psychogeriatrische patiënten totnogtoe onvoldoende tot zijn recht. Dit is niet alleen een probleem voor individuele patiënten voor wie nu een mogelijk onterechte toepassing van een vrijheidsbeperking onbesproken blijft, het is ook een algemeen probleem. Er ontstaat immers geen nadere invulling van allerlei open normen die de wet ten aanzien van de zorg voor psychogeriatrische patiënten bevat. Klachtencommissies zijn bovendien bedoeld om de kwaliteit van zorg te verbeteren. Met name door het ontbreken van klachten leveren zij daar echter niet of nauwelijks een bijdrage.

Om de bijdrage aan de kwaliteit van zorg te bevorderen stel ik voor dat de bopz-klachtencommissies worden vervangen door een provinciale geschillen en adviescommissie (GAC).⁴⁹ Hiervoor werd deze reeds genoemd. Betrokkenen zouden zich tot deze commissie moeten kunnen wenden met het verzoek om uitspraak over de wilsonbekwaamheidsverklaring van de patiënt, het al dan niet toepassen van een vrijheidsbeperking, de vraag of de zorgverlener overeenkomstig art. 7:453 handelt als goed hulpverlener, de vraag of de vertegenwoordiger overeenkomstig art. 7:465 lid 4 handelt als goed vertegenwoordiger. Het gaat kortom om al die zaken, waarvoor de wet geen nadere invulling kan geven, maar waarbij soms wel behoefte is aan feedback of een onafhankelijke uitspraak. Om hierover uitspraken te kunnen doen zou de GAC de nodige deskundigheid dienen te bezitten. In ieder geval zouden juridische, medische en zorginhoudelijke deskundigheid gewaarborgd moeten zijn. Ook dient te allen tijde onafhankelijkheid gewaarborgd te zijn ten opzichte van de zorgaanbieder die bij een klacht of advies is betrokken.

Tot de commissie kunnen zich wenden patiënten, vertegenwoordigers, de echtgenoot of partner van de patiënt, elke bloedverwant in de rechte lijn en in de zijlijn tot en met de tweede graad, en zorgverleners. Ook een patiëntenrechtenconsulent kan zich tot de GAC richten, echter alleen indien de patiënt geen vertegenwoordiger meer heeft en niet in staat is om zelf een geschil voor te leggen of advies te vragen, of indien de zorgaanbieder in de ogen van de patiëntenrechtenconsulent te weinig onderneemt om de kwaliteit van zorg met betrekking tot het toepassen van vrijheidsbeperkingen te verbeteren. Een bijzondere rol vervult de GAC – zoals hiervoor onder 10.7.4.5 uiteen werd gezet – bij de opnemings waar zij ook kan worden ingeschakeld door het RIO, en wel indien toestemming van patiënt en/of vertegenwoordiger ontbreekt.

Hoewel de GAC in opzet sterk lijkt op de bopz-klachtencommissie is de doelstelling een andere. Gaat het bij de laatste uitsluitend om individuele rechtsbescherming, bij de GAC is het daarnaast belangrijk dat dan nadere invulling ontstaat van goed hulpverlenerschap, goed vertegenwoordigerschap, wilsonbekwaamheidsverklaringen en de toepassing van vrijheidsbeperkingen. Om die reden is het van belang dat publicatie plaatsvindt van relevante uitspraken. Met de komst van een patiëntenrechtenconsulent, een vergroting van het werkingsgebied van de wet, de instelling van commissies die een veel groter werkkterrein hebben dan nu het geval is, en de verruiming van personen die een verzoek bij de commissie kunnen indienen, wordt de kans vergroot dat van de nieuwe commissies meer gebruik zal worden gemaakt dan nu het geval is bij de bopz-klachtencommissie. Met name de mogelijkheid om advies te kunnen vragen (zowel voor hulpverleners als voor patiënten/vertegenwoordigers), zal de drempel om bij de commissie aan te kloppen sterk kunnen verlagen.

Het verstrekken van adviezen en het doen van uitspraken over geschillen zou echter wel onafhankelijk ten opzichte van elkaar moeten plaatsvinden. Het moet niet zo zijn dat de commissie een advies uitbrengt aan een zorgverlener, waarna hierover een geschil ontstaat waarover vervolgens dezelfde commissie weer een uitspraak doet. Dan is onafhankelijkheid niet meer gewaarborgd. Voor deze situatie zou een verzoek om een uitspraak in die situatie kunnen worden overgedragen aan hetzij een andere provinciale

⁴⁹ Op zich zou een dergelijke commissie ook grote of kleinere regio's tot competentiegebied kunnen hebben. Waar het om gaat is dat door een groter werkingsgebied dan de huidige klachtencommissies een betere deskundigheid gewaarborgd kan worden.

commissie, hetzij een tevens op te richten landelijke geschillencommissie.⁵⁰ In mijn voorstel heb ik voor de eerste mogelijkheid gekozen om te voorkomen dat een extra orgaan moet worden opgericht.

Om de eenheid van rechtspraak te verbeteren acht ik het verder noodzakelijk dat er een beroepsmogelijkheid is bij de rechter en cassatie bij de Hoge Raad, zoals thans ook het voornemen is bij bopz-klachtencommissies.

Door de wijze waarop de GAC en de beroepsmogelijkheden vorm is gegeven voldoet de procedure aan de eisen die door het Evrm en de Grondwet worden gesteld, ook indien sprake is van vrijheidsbeperking of vrijheidsbeneming.⁵¹

In tegenstelling tot de bopz-klachtencommissies zouden de Wkcz-klachtencommissies kunnen blijven voortbestaan voor klachten die niet door het werkterrein van de GAC worden bestreken. Met de aanwezigheid van een patiëntenrechtenconsulent wordt het gevaar ondervangen dat potentiële klagers door het bestaan van meerdere procedures de weg niet meer weten.

10.7.4.8 Toepassing van vrijheidsbeperkingen bij wijze van dwang en in noodsituaties

Op verschillende plaatsen in dit proefschrift werd stilgestaan bij het feit dat verzet bij psychogeriatrische patiënten zich moeilijk laat duiden en dat het daarom onjuist is slechts extra rechtsbescherming te bieden wanneer hiervan sprake is. Om deze reden zou een nieuwe wettelijke regeling zich naar mijn mening niet uitsluitend op dwang moeten richten, maar waarborgen dienen te bieden voor alle situaties waarin van vrijheidsbeperking sprake is. Hiervoor beschreef ik dat voor toepassing van een vrijheidsbeperking te allen tijde toestemming moet worden verkregen. Die zou kunnen worden verleend door de patiënt zelf, mits hij wilsbekwaam is. Het vrijheidsbeperkende karakter wordt dan aan de maatregel ontnomen, indien hij tevens invloed heeft op het onmiddellijk stopzetten van de maatregel wanneer hij die niet meer wenst. Als de patiënt wilsonbekwaam is, moet vervangende toestemming worden gegeven door diens vertegenwoordiger.

Indien geen toestemming kan worden verkregen van ofwel de patiënt ofwel diens vertegenwoordiger zou toepassing slechts plaats moeten kunnen vinden na overleg met een onafhankelijk arts.

Aan de patiëntenrechtenconsulent zouden voorts situaties gemeld moeten worden waarin vrijheidsbeperkingen worden toegepast zonder dat toestemming is gegeven, zodat hij in die gevallen met betrokkenen kan bespreken of het wenselijk is om de situatie ter toetsing voor te leggen aan de geschillen en adviescommissie.

10.8 Conclusie

Aan dit proefschrift lag de vraag ten grondslag of de Nederlandse wetgeving voldoende rechtsbescherming biedt aan psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperking. In dit hoofdstuk werden de belangrijkste uitkomsten beschreven. Het onder-

⁵⁰ Uit een recente uitspraak van het Europees Hof over de combinatie van adviserende en rechtsprekende taken blijkt dat een vereniging van deze functies geen strijd op hoeft te leveren met het Evrm, mits beide taken niet in dezelfde zaak tot uitdrukking komen. Zie Kleyn and others versus Nederland, 2004. De hierboven geschetste beleidstaak hoeft dus niet in conflict te komen met de onpartijdigheid die op grond van het Evrm is vereist.

⁵¹ Zie hierover 10.7.4.5, maar ook de bespreking van Europese regelgeving en jurisprudentie in hoofdstuk 6.

zoek laat zien dat die rechtsbescherming onvoldoende is. De tekortkomingen zijn zodanig dat die niet kunnen worden opgelost zonder de wetgeving ingrijpend te wijzigen.

Het verdient aanbeveling dat de overheid vaart maakt met het ontwikkelen van een wettelijke regeling die de bescherming van psychogeriatricische patiënten beter vorm geeft dan het huidige stelsel doet. Ter inspiratie heb ik aan de hand van bevindingen uit dit onderzoek de contouren geschetst van een wet op de toepassing van vrijheidsbeperking die in de plaats zou moeten komen van de Wet bopz. Het belangrijkste verschil met de Wet bopz is dat de voorgestelde wet zich richt op bescherming bij alle handelingen in de zorg die een vrijheidsbeperkend karakter hebben. In tegenstelling tot de Wet bopz is die niet afhankelijk van de plaats waar de handeling wordt verricht en ook niet van de mate waarin de patiënt in staat is te ageren tegen die handeling. Bescherming vindt plaats door zorgvuldigheid te betrachten in zowel de beslissing, de uitvoering van de handeling, als de toetsing daarvan achteraf. Tevens is het mogelijk de zorgaanbieder te stimuleren een beleid te ontwikkelen om vrijheidsbeperkingen zo terughoudend mogelijk toe te passen.

Verscheidene keren gaf ik aan dat het omwille van flexibiliteit van de wet aanbevelenswaard kan zijn om nadere voorzieningen te treffen in een algemene maatregel van bestuur. Indien hiervoor gekozen wordt is het echter wel aan te bevelen om deze AMvB's gelijktijdig met de wet zelf in werking te treden om te voorkomen dat de wet, net zoals bij de Patient Restraints Minimization Act in Ontario dreigt te gebeuren, verwordt tot een papieren tijger. Van belang is dat bij afbakeningsproblematiek steeds wordt uitgegaan van de omschrijving die het meeste bescherming biedt aan patiënten, ook al brengt dit voor betrokkenen soms extra werk met zich mee. Het feit dat psychogeriatricische patiënten door hun aandoening in het algemeen niet in staat zijn hun eigen belangen te behartigen, rechtvaardigt deze opstelling.

Uiteraard is de door mij voorgestelde wet niet de enige weg die naar Rome leidt. Wel heb ik hopelijk duidelijk gemaakt dat de richting, dat wil zeggen het niet instellingsgebonden karakter en uitgaan van vrijheidsbeperking in plaats van dwang wel de enig juiste is. Psychogeriatricische patiënten verdienen een menswaardige behandeling, en wetgeving dient ertoe bij te dragen dat die behandeling ook in de zorg tot haar recht komt. Blijkens de voornemens die onlangs in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de tweede bopz-evaluatie en mijn onderzoek in opdracht van VWS zijn verwoord, lijkt het erop dat het kabinet de adviezen ter harte heeft genomen en de juiste richting is ingeslagen.⁵²

⁵² Handelingen Tweede Kamer, 25 763 en 28 950. Kabinetsstandpunt tweede bopz-evaluatie, Vergaderjaar 2003-2004.

SAMENVATTING

Inleiding

Psychogeriatrische patiënten zijn patiënten met psychische aandoeningen als gevolg van veroudering, die gepaard gaan met cognitieve problemen. Bij de meeste patiënten gaat het om dementie. Psychogeriatrische patiënten verkeren als gevolg van hun aandoening in de zorg in een afhankelijke positie. Omdat zij zelf veelal niet meer in staat zijn om over hun zorg keuzes te maken, bestaat er een spanningsveld tussen hun fundamentele rechten als vrijheid en zelfbeschikking enerzijds en anderzijds datgene wat de maatschappij in het belang acht voor het welzijn van de patiënt of van anderen. Dit spanningsveld komt in het bijzonder tot uitdrukking bij toepassing van vrijheidsbeperking. Vrijheidsbeperkingen kunnen worden omschreven als interventies of non-interventies die in de zorg worden toegepast dan wel worden nagelaten, en als doel of neveneffect hebben dat de vrijheid van psychogeriatrische patiënten wordt aangetast.

In dit proefschrift stond de vraag centraal in hoeverre de Nederlandse wetgeving voldoende rechtsbescherming biedt aan psychogeriatrische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperking in de zorg.

Deze vraag is nader geoperationaliseerd in de volgende deelvragen:

1. Wat houdt voldoende rechtsbescherming in en met welke uitgangspunten behoort bij de toetsing van de in dit verband relevante wetgeving rekening te worden gehouden?
2. Welke zijn de wettelijke kaders bij toepassing van vrijheidsbeperkingen op psychogeriatrische patiënten, welke doelstellingen zijn ermee nagestreefd en wat is hun reikwijdte?
3. Hoe wordt thans uitvoering gegeven aan deze wettelijke kaders?
4. In hoeverre voldoet de wetgeving aan de geformuleerde uitgangspunten waarmee bij toetsing rekening dient te worden gehouden?
5. Hoe zou de wetgeving eventueel kunnen worden verbeterd?

De onderzoeksvragen werden na uiteenzettingen over de onderzoekopzet (hoofdstuk 2), de patiëntenpopulatie en zorgvoorzieningen die er voor deze zijn (hoofdstuk 3) in hoofdstuk 4 tot en met 10 nader uitgewerkt. Het onderzoek is uitgevoerd met behulp van een onderzoeksmethode die geënt is op systematische wetsevaluatietechnieken. Gebruik is gemaakt van literatuuronderzoek (kamerstukken, jurisprudentie en wetenschappelijke literatuur), kwantitatieve onderzoeksmethodes (verschillende enquêtes onder alle soorten zorgaanbieders) en kwalitatieve onderzoeksmethodes (interviews en invitational conferences).

Theoretisch kader

Ter beantwoording van de eerste deelvraag is in hoofdstuk 4 een theoretisch kader geschetst. Betoogd werd hier dat het bij psychogeriatrische patiënten aanbeveling verdient om bij de beoordeling van de rechtspositie niet uitsluitend uit te gaan van de mate waarin het zelfbeschikkingsrecht gewaarborgd wordt, maar tevens het vrijheidsbeginsel hierbij te betrekken. Uit de literatuur blijkt immers dat als één van de voorwaarden voor zelfbeschikking kan worden aangemerkt het feit dat iemand voor keuzes verantwoordelijk kan worden gehouden. Bij psychogeriatrische patiënten is dit niet altijd mogelijk.

Samenvatting

Het vrijheidsbeginsel is in dit verband een ruimer begrip, met name omdat het zich niet richt op wilsuïtingen van een persoon, maar op het niet maken van inbreuken door anderen.

Daarnaast werd ingegaan op het feit dat het bij het nastreven van menswaardigheid in de zorg voor psychogeriatrische patiënten niet alleen gaat om het waarborgen van deze beginselen, maar dat er tevens aandacht dient te zijn voor het beschermingsbeginsel. Tussen al deze beginselen dient een balans te worden gezocht. Behulpzaam daarbij kan het beginsel van goede en verantwoorde zorg zijn. Dit houdt in het betrekken van alle belangen in een zorgbeslissing en wel zodanig dat de beslissing objectiveerbaar en toetsbaar is.

Naast deze inhoudelijke uitgangspunten werd beschreven welke de criteria zijn op basis waarvan wetgeving kan worden getoetst. In dit proefschrift is vooral gekeken naar de effectiviteit van wetgeving. Die kan worden bepaald door haar aanvaardbaarheid, toepasbaarheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Een rol daarbij speelt tevens de consistentie van wettelijke regelingen, zowel intern, ten opzichte van andere wettelijke regelingen van een zelfde orde (horizontale externe consistentie) en regelingen van een hogere of lagere orde (verticale externe consistentie).

De vragen twee tot en met vier zijn uitgewerkt aan de hand van vijf themahoofdstukken. De thema's betreffen vijf aspecten van de rechtsbescherming van toepassing van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten. Achtereenvolgens gaat het om vertegenwoordiging, opnemings, vrijheidsbeperking, toezicht en klachtrecht. Hieronder volgt een kort overzicht van de uitkomsten bij elk thema.

Vertegenwoordiging

De regelingen inzake vertegenwoordiging die bij toepassing van vrijheidsbeperking relevant zijn, zijn terug te vinden in de Wet bopz, de Wgbo en de Wet mentorschap. De vertegenwoordigingsregeling komt erop neer dat bij toepassing van vrijheidsbeperking op een wilsonbekwame patiënt, achtereenvolgens de wettelijke vertegenwoordiger, de echtgenoot/partner, of een der ouders, kinderen, broers of zusters bevoegd zijn om te dien aanzien vervangend te beslissen. Wettelijke vertegenwoordigers zijn vertegenwoordigers die door een rechter worden benoemd. In het geval van psychogeriatrische patiënten kan het gaan om een curator, mentor of bewindvoerder. In de praktijk blijkt dat in de psychogeriatrische zorg zelden wettelijke vertegenwoordigers worden aangesteld. Binnen instellingen wordt wel vaker nagestreefd dat bewindvoerders worden benoemd, maar die zijn slechts bevoegd met betrekking tot vermogensrechtelijke zaken te vertegenwoordigen.

De wettelijke regels over vertegenwoordiging voldoen aan het theoretische kader dat hierboven is beschreven. In de regeling komt het spanningsveld tussen zelfbeschikking en bescherming tot uitdrukking en tevens dat tussen beide beginselen een balans moet worden gezocht. De vertegenwoordiger en de hulpverlener dienen daarbij te handelen als goed vertegenwoordiger, respectievelijk goed hulpverlener. Een tekortkoming is dat het moment waarop de vertegenwoordiger de beslissingsbevoegdheid van de patiënt dient over te nemen niet goed bepaalbaar is. De wet hanteert als norm dat de patiënt ter zake niet in staat is tot een redelijke belangenafweging. Er zijn geen nadere criteria, noch procedurele waarborgen die kunnen verzekeren dat wilsonbekwaamheid objectief wordt vastgesteld.

In de praktijk bestaat weinig verschil tussen de verschillende zorgvoorzieningen in de wijze waarop met vertegenwoordiging wordt omgegaan. Het wettelijk kader dat van toepassing is, is daarbij kennelijk weinig van invloed. Drie zaken vallen op. De eerste is dat de wilsonbekwaamheid een subjectieve beoordeling is die echter niet op enigerlei

wijze inzichtelijk wordt gemaakt. Het is niet gebruikelijk om de bevinding van wilsonbekwaamheid in het dossier vast te leggen en ook niet de redenen die tot het oordeel hebben geleid.

In de tweede plaats komt het in de psychogeriatricie geregeld voor dat geen vertegenwoordiger voor een patiënt voorhanden is, althans geen die door de Wgbo of Wet bopz als bevoegd vertegenwoordiger is aangewezen. Slechts zelden wordt in zo'n geval overgegaan tot de benoeming van een mentor, terwijl deze regeling nu juist bedoeld was als vangnet voor situaties waarin onenigheid over de vertegenwoordiger ontstaat of geen reguliere vertegenwoordiger beschikbaar is. Een wettelijke verplichting om een vertegenwoordiger aan te stellen in deze situaties ontbreekt echter, hetgeen mogelijk niet in overeenstemming is met de verplichtingen die uit het nog te ratificeren Europese verdrag inzake rechten van de mens en de biogeneeskunde voortvloeien voor nationale vertegenwoordigingsregelingen.

Een derde punt dat opvalt is dat het bij toepassing van vrijheidsbeperking op psychogeriatricische patiënten nogal eens gebeurt dat vertegenwoordigers min of meer onder druk worden gezet om toestemming te geven voor een voorgestelde regeling.

Over de handhaafbaarheid van de vertegenwoordigingsregelingen moet worden opgemerkt dat speciale procedures waarmee onterechte bevindingen van wilsonbekwaamheid of onjuiste vertegenwoordigingsbeslissingen aan de kaak kunnen worden gesteld, voor de meeste situaties ontbreken.¹ Wel kan iemand gebruik maken van reguliere procedures, zoals gebruikmaking van de civiele rechter. Het lijkt erop dat deze voorzieningen voor psychogeriatricische patiënten te weinig soelaas bieden om daadwerkelijk rechtsbescherming te garanderen. Er ontstaat daardoor geen nadere invulling van de omstandigheden waaronder iemand niet in staat moet worden beschouwd tot een redelijke belangenafweging. Ook worden door het ontbreken van rechterlijke uitspraken begrippen als 'goed vertegenwoordigerschap' en 'goed hulpverlenerschap' met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperking niet verduidelijkt.

Opneming

Opneming in een zorgvoorziening wordt gereguleerd door drie wettelijke kaders. Welk kader van toepassing is, hangt af van de zorgvoorziening waarom het gaat. De Wet bopz en de Wgbo zijn belangrijk bij een opneming in een instelling die als psychiatrisch ziekenhuis is aangemerkt. Dit kan naast een psychiatrisch ziekenhuis ook een verpleeghuis of een speciale psychogeriatricische afdeling van een verzorgingshuis zijn. De Wet bopz is van toepassing als het gaat om een opneming die als onvrijwillig kan worden gekwalificeerd. Dit is het geval als een patiënt niet de nodige bereidheid tot opneming toont. Wanneer het gaat om een opneming in een verpleeg- of verzorgingshuis met een bopz-aanmerking, dient in zulke gevallen het regionaal indicatieorgaan (RIO) een bopz-indicatie af te geven. De procedure wordt nader beschreven in het Zorgindicatiebesluit. Indien een psychogeriatricische patiënt niet alleen niet de nodige bereidheid tot opneming toont, maar zich tevens verzet tegen die opneming, is een bopz-indicatie niet voldoende. In dat geval dient een rechterlijke machtiging te worden verleend door de rechtbank, of in spoedgevallen een inbewaringstelling te worden afgegeven door de burgemeester. Bij de bespreking van het Zorgindicatiebesluit kwam aan de orde dat een aantal procedurele verschillen met de machtigingsprocedure ertoe bijdragen dat ten aanzien van de indicatieprocedure minder deskundigheid gewaarborgd is bij de beoordeling van de opneming.

¹ Onterechte bevindingen van wilsonbekwaamheid kunnen op grond van het bopz-klachtrecht op plaatsen en in situaties waar de Wet bopz van toepassing is wel bij de klachtencommissie worden neergelegd.

De Wgbo geldt voor opnemingen in bopz-instellingen die vrijwillig plaatsvinden en daarnaast buiten bopz-instellingen, mits de rechtsverhouding tussen patiënt en zorginstelling kan worden gekwalificeerd als behandelingsovereenkomst. De wijze waarop de Wgbo is geconstrueerd lijkt opnemingen waarbij de patiënt zich verzet in zorgvoorzieningen die niet onder de Wet bopz vallen, niet in de weg te staan. Een dergelijke opname zou onder de vlag van art. 7:465 lid 6 plaats kunnen vinden. Vraag is echter wel of zo'n opname voldoet aan de vereisten die art. 5 Evrm aan procedures inzake vrijheidsbeneming stelt. Een directe toegang tot de rechter dient gewaarborgd te zijn, hetgeen door het Europese Hof feitelijk wordt getoetst.

Indien ook de Wgbo niet van toepassing is, dient te worden teruggevallen op het algemene overeenkomstenrecht. Een opname in een zorgvoorziening waarbij de patiënt zich verzet is dan niet mogelijk, omdat een wettelijke basis daarvoor ontbreekt.²

De Wet bopz voldoet in opzet aan het theoretische kader. Rekening is gehouden met zowel zelfbeschikking als vrijheid. De wet vraagt bij opname om een zorgvuldige afweging tussen deze beginselen enerzijds en bescherming anderzijds. Een tekortkoming is echter dat de wet uitsluitend van toepassing is op bopz-aangemerkte instellingen. De rechtsbeschermende werking van de andere wettelijke kaders is beduidend minder.

In de praktijk blijkt slechts een zeer beperkt aantal opnemingen van psychogeriatrische patiënten in bopz-aangemerkte instellingen te gebeuren door middel van een rechterlijke machtiging of inbewaringstelling. Een vijfde van de patiënten wordt vrijwillig opgenomen, terwijl het overgrote deel van de opnemingen door middel van een bopz-indicatie plaatsvindt. Onderzoek laat zien dat het geringe aantal machtigingen in de eerste plaats voortvloeit uit het feit dat de meeste patiënten niet de nodige bereidheid tonen tot opnemen, maar zich daartegen ook niet verzetten. Belangrijk is ook de constatering dat als patiënten zich verzetten dit dikwijls niet als zodanig door de beoordelaars wordt erkend. Hoewel de wet geen eisen stelt aan verzet, worden die in de praktijk door de RIO's wel gehanteerd: het dient uitdrukkelijk en persistent te worden geuit en een reële betekenis te hebben.

Door deze zware eisen blijft de rechtsbescherming uit die met de Wet bopz is beoogd. Dit gebrek kan niet worden gecorrigeerd door extern toezicht en handhaving, aangezien een adequaat toetsingssysteem bij de indicatieprocedure ontbreekt.

Geconcludeerd werd dat een adequate regeling ten aanzien van opname van psychogeriatrische patiënten ten behoeve van duurzaam verblijf voor alle zorgvoorzieningen wenselijk is. Steeds dient er daarbij rekening mee te worden gehouden dat opname van wilsonbekwame patiënten vrijheidsbeperkend kan zijn en onder omstandigheden zelfs vrijheidsbenemend.

Vrijheidsbeperking

De Wet bopz en de Wgbo vormen de relevante wettelijke kaders bij vrijheidsbeperking. Buiten deze twee wetten is in de zorg geen juridische basis voor toepassing van vrijheidsbeperking. De Wet bopz biedt ruimte voor toepassing van vrijheidsbeperking op onvrijwillig opgenomen patiënten in het kader van het zorgplan. In dat geval is er toestemming van de patiënt of ingeval van wilsonbekwaamheid diens vertegenwoordiger. Daarnaast kan op basis van de Wet bopz worden dwangbehandeling toegepast. Dit is mogelijk wanneer de patiënt zich verzet en de behandeling noodzakelijk is om gevaar voor de patiënt zelf of voor anderen weg te nemen. Tot slot is vrijheidsbeperking toege-

² Een uitzondering is art. 1:454 BW indien de patiënt een curator of mentor heeft.

staan in noodsituaties. Uit het onderzoek blijkt dat buiten de reikwijdte van de Wet bopz ook de Wgbo mogelijkheden tot vrijheidsbeperking biedt. Er moet in ieder geval sprake zijn van een behandelingsovereenkomst. Afspraken omtrent vrijheidsbeperking zijn dan mogelijk met de patiënt of met diens vertegenwoordiger indien de patiënt wilsonbekwaam is. Uitsluitend bij wilsonbekwame patiënten is dwangbehandeling mogelijk, en wel indien deze noodzakelijk is om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen. De vertegenwoordiger dient dan met de behandeling te hebben ingestemd. Net als de Wet bopz kan in noodsituaties ook op de voet van de Wgbo op patiënten vrijheidsbeperking worden toegepast. De regeling van de Wgbo inzake dwangbehandeling en toepassing in noodsituaties bevat in vergelijking met die van de Wet bopz een aantal inconsistenties. Daardoor is de reikwijdte van de Wgbo bij vrijheidsbeperking onduidelijk. Beide wettelijke regelingen zijn zodanig geconstrueerd dat de patiënt pas extra rechtsbescherming wordt geboden, indien deze er blijk van heeft gegeven een beperkende interventie niet te appreciëren. Rechtsbescherming bij vrijheidsbeperking wordt dus afhankelijk gemaakt van een wilsuiging. Dit is weliswaar in overeenstemming met het beginsel van zelfbeschikking, maar niet met het beginsel van vrijheid. Daarom voldoet de wetgeving niet aan het gestelde theoretische kader.

In de praktijk leidt dit tot knelpunten. Vrijheidsbeperkingen worden veelvuldig toegepast, zowel op plaatsen waar de Wet bopz van toepassing is als op plaatsen waar dit niet het geval is. Net als bij opnemings wordt ook bij toepassing van vrijheidsbeperking geworsteld met het herkennen en interpreteren van verzet van psychogeriatrische patiënten. De Wet bopz heeft twee instrumenten om extra bescherming te waarborgen in geval van dwangbehandeling en toepassing van vrijheidsbeperking in noodsituaties. Dit zijn registratie en melding aan de Inspectie. Bopz-instellingen registreren vrijheidsbeperkingen dikwijls ook als er geen sprake is van dwangbehandeling. Melding aan de Inspectie blijft echter uit. De registratie alleen biedt evenmin extra bescherming. Met de gegevens wordt namelijk niet echt iets gedaan. Gegevens worden niet centraal bijgehouden, waardoor overzicht van het totaal aantal toepassingen binnen een organisatie ontbreekt. Daardoor wordt nauwelijks een actief beleid gevoerd om vrijheidsbeperking binnen de organisatie terug te dringen. Op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is, spelen soortgelijke problemen. Deze doen zich hier nog in sterkere mate voor, omdat registraties van mindere kwaliteit zijn en meldingen aan de Inspectie in het geheel niet plaatsvinden. De Wgbo kent overigens ook geen wettelijke plicht om te registreren of te melden.

De mate van zorgvuldigheid die zorgaanbieders bij toepassing van vrijheidsbeperking betrachten en de waarborgen die zij in hun procedures hebben ingebouwd hangen op dit moment niet zozeer af van de wettelijke kaders of de setting waarbinnen toepassingen plaatsvinden, maar veeleer van zaken als zorgvisie, organisatiecultuur, opvattingen van zorgverleners en hun deskundigheid.

Geconcludeerd wordt dat de huidige wetgeving psychogeriatrische patiënten onvoldoende beschermt bij toepassing van vrijheidsbeperking. Meer rechtsbescherming zou kunnen worden geboden door in de wet uit te gaan van een ruimere definitie van vrijheidsbeperking, zodat ook onmondige psychogeriatrische patiënten door het recht beschermd worden. De voorwaarden voor toepassing zouden bovendien zodanig omschreven moeten worden dat patiënten die vrijheidsbeperking behoeven de zorg ontvangen die zij nodig hebben. Daarnaast zouden zij patiënten moeten beschermen tegen onnodige toepassingen. Zorgaanbieders zouden verder gestimuleerd moeten worden vrijheidsbeperkingen te voorkomen en binnen de organisatie terug te dringen, bijvoorbeeld door het zoeken naar alternatieven in de zorg. Opgemerkt werd dat de rechtsbescherming niet plaatsafhankelijk zou moeten zijn en dat zowel de beslissing tot toepas-

Samenvatting

sing van vrijheidsbeperking, als de toepassing zelf transparant plaats zou behoren te vinden en wel zodanig dat hierop adequaat toezicht kan worden gehouden.

Toezicht

De taak om toezicht te houden op de geestelijke gezondheidszorg, waaronder ook de psychogeriatric valt, berust bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg. De wettelijke basis hiervoor kan worden gevonden in de Wet bopz, de Gezondheidswet, de Kwaliteitswet Zorginstellingen (Kwz) en de Wet beroepen individuele gezondheidszorg (Wet big). In bopz-instellingen dient de Inspectie niet alleen een algemeen toezicht te houden, maar tevens toezicht te houden op de individuele rechtspositie van opgenomen patiënten. Bij zorgvoorzieningen die geen bopz-aanmerking hebben heeft de Inspectie uitsluitend een algemeen toezichthoudende taak.

Uit het onderzoek komt naar voren dat noch de algemene noch de bijzondere toezichthoudende taak bij toepassing van vrijheidsbeperking op psychogeriatricische patiënten in de praktijk naar behoren functioneert. Voor een deel is dit terug te voeren op de wettelijke regelingen. Enkele belangrijke constatering zijn:

- De taken van de Inspectie op grond van de Wet bopz bij dwangbehandeling en toepassing van middelen of maatregelen in een noodsituatie zijn niet consistent en niet helder.
- Buiten het kader van de Wet bopz ontbreken bovendien dergelijke taken en bevoegdheden voor toepassing van vrijheidsbeperking. Daardoor ontvangt de Inspectie geen signalen. Daardoor kan zij haar toezichthoudende taak die zij op basis van de Wet bopz ook op plaatsen zonder bopz-aanmerking heeft, niet naar behoren uitoefenen.
- Ook de Kwz ontbeert instrumenten om daadkrachtig toezicht te kunnen houden op toepassingen van vrijheidsbeperking.

In de praktijk blijkt de Inspectie vrijwel uitsluitend algemeen toezicht uit te oefenen. Hiervoor werd geconstateerd dat het ontbreken van adequate instrumenten hieraan debet is. Een andere oorzaak is dat de individuele rechtsbeschermende taak van oudsher niet goed bij de oorspronkelijke taakomschrijving van de Inspectie past. Ook is er onvoldoende menskracht om toezicht in individuele gevallen uit te oefenen. Overigens lijkt de Inspectie de haar toegekende bevoegdheden soms te zeer naar de letter op te vatten, waardoor zij bijvoorbeeld het beleid hanteert om meldingen van vrijheidsbeperkende interventies op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is niet te willen krijgen. Tot slot werd opgemerkt dat de Inspectie naast instrumenten om adequaat toezicht te kunnen houden te weinig instrumenten heeft om het recht te kunnen handhaven op het moment dat onregelmatigheden worden geconstateerd.

In het hoofdstuk wordt geconcludeerd dat een heroriëntatie zou moeten plaatsvinden op de wijze waarop het toezicht wordt vormgegeven. Ook wordt de suggestie gedaan om het individuele toezicht op een andere wijze in te richten. Tegelijkertijd zou het algemene toezicht moeten worden versterkt. Dit kan door een beter gebruik van bestaande instrumenten, zoals het kwaliteitssysteem en jaarverslagen van zorgaanbieders. Ook zou de Inspectie meer instrumenten moeten worden toegekend teneinde adequaat te kunnen handhaven. Inmiddels worden meer mogelijkheden om bestuursdwang toe te passen en bestuurlijke boetes op te kunnen leggen overwogen.

Klachtrecht

De Wet bopz kent een speciale klachtenprocedure voor situaties waarin vrijheidsbeperkingen worden toegepast. Daardoor kunnen onterechte toepassingen aan de kaak worden gesteld. De bopz-klachtenprocedure staat uitsluitend open voor onvrijwillig opge-

nomen patiënten. Een klacht kan worden ingediend door de patiënt zelf, een medepatiënt of een vertegenwoordiger van de patiënt. Er zijn vijf klachtgronden. Er kan geklaagd worden tegen een beslissing van wilsonbekwaamheid, tegen dwangbehandeling, tegen toepassing van middelen en maatregelen in noodsituaties, tegen het niet toepassen van het overeengekomen zorgplan of tegen één van de vier in art. 40 bopz genoemde maatregelen. Op bopz-klachten wordt beslist door een klachtencommissie die bestaat uit tenminste drie leden, waaronder een psychiater in psychiatrische ziekenhuizen, respectievelijk een verpleeghuisarts in verpleeginrichtingen. In de tweede plaats dient een jurist zitting te hebben in de commissie. De voorzitter moet onafhankelijk van de instelling zijn. De procedure is met verschillende waarborgen omkleed die moeten bevorderen dat de klager een snelle, onafhankelijke uitspraak krijgt op klachten. Er bestaat een mogelijkheid van beroep bij de rechter.

Ten behoeve van patiënten die niet in staat zijn om te klagen bestaat voor dwangbehandeling nog een extra procedure. De Inspectie kan voor deze groep patiënten een uitspraak van de rechter vragen over de rechtmatigheid van de dwangbehandeling. De Inspectie heeft van deze mogelijkheid echter nog nooit gebruik gemaakt.

Op plaatsen en in situaties waarin het bopz-klachtrecht niet van toepassing is, moet worden teruggevallen op het algemene klachtrecht van de Wkcz, of op andere voorzieningen als tuchtrecht of burgerlijk recht. Deze laatste twee voorzieningen zijn in dit onderzoek buiten beschouwing gebleven. Het algemene klachtrecht is met veel minder waarborgen omkleed dan de bopz-klachtenprocedure. Voor het doen van uitspraken bij klachten over toepassing van vrijheidsbeperking is deze weinig geschikt. Dit geldt met name voor situaties waarin de toepassing nog plaatsvindt. Er is geen schorsingsbevoegdheid en de uitspraaktermijnen zijn te lang.

Verschiedende onderzoeken laten zien dat van het klachtrecht in het algemeen en van de bopz-klachtenprocedure in het bijzonder zeer weinig en onvoldoende gebruik wordt gemaakt. Dit laatste blijkt uit het feit dat klachtwaardige situaties zich wel degelijk voordoen. Oorzaken vloeien in de eerste plaats voort uit de persoon van de klager. De patiënt is veelal niet in staat om zelf klachten in te dienen en diens vertegenwoordiger blijkt dit om tal van redenen ook niet te doen. Een tweede reden waardoor het indienen van klachten niet bevorderd wordt is gelegen in het beleid en de cultuur van de instelling. Met name wanneer er te veel de nadruk op wordt gelegd dat klachten in de lijn behoren te worden opgelost, lijkt dit tot effect te hebben dat klachten juist minder worden geuit. Een derde oorzaak is de wijze waarop de klachtenregeling wordt ingericht. Vooral zaken als de verplichting tot het schriftelijk indienen van klachten zonder dat daarbij hulp wordt geboden of hetodeloos ingewikkeld maken van procedures op plaatsen waar zowel de Wkcz als de Wet bopz van toepassing is, bemoeilijken het indienen van klachten. Tot slot kan de toegankelijkheid van de klachtenregeling een belemmering zijn voor het indienen van klachten. Deze wordt bepaald door de bekendheid van de klachtenregeling bij potentiële klagers, de omschrijving van het begrip klacht, de drempels die eventueel worden opgeworpen bij het indienen van klachten, en de kring van personen die een klacht kunnen indienen.

Het feit dat er in de praktijk geen klachten worden ingediend terwijl klachtwaardige situaties zich wel voordoen, laat zien dat het klachtrecht onvoldoende effectief is. Ook oplossingen die in de praktijk reeds gekozen zijn om dit probleem te ondervangen, blijken voornamelijk onvoldoende te werken. Een van die oplossingen is de introductie van klachtenfunctionarissen binnen instellingen. Bij de opvang van klachten door deze functionarissen doen zich in de praktijk soortgelijke problemen voor als bij reguliere klachtenprocedures.

Samenvatting

Uit het onderzoek komt naar voren dat een patiëntenvertrouwenspersoon (pvp) een mogelijke verbetering zou kunnen zijn. Voorwaarde is dat de pvp in de psychogeriatric een aangepaste rolinvulling krijgt in vergelijking tot die in de psychiatrie. Een andere benaming verdient daarbij aanbeveling om verwarring met de pvp in de psychiatrie te voorkomen. Voorgesteld werd de naam patiëntenrechtenconsulent. Aandachtspunten voor deze functie zijn onder meer:

- Een actieve bemoeienis met de rechtspositie van psychogeriatricische patiënten. Dat betekent onder meer dat de patiëntenrechtenconsulent zich minder lijdelijk zal moeten opstellen. Die actieve bemoeienis wordt des te belangrijker wanneer de patiënt in het geheel geen vertegenwoordiger heeft.
- De patiëntenrechtenconsulent dient niet alleen voor en op initiatief van de bewoner te handelen, maar ook oog te hebben voor overleg met familie en vertegenwoordigers. Wel dient hij beducht te zijn op een zekere dubbelrol die vertegenwoordigers innemen ten opzichte van hun familielid. Ingeval van tegenstrijdige belangen gaat het belang van de patiënt altijd voor.
- De patiëntenrechtenconsulent dient een rol te hebben bij alle zorgvoorzieningen, niet uitsluitend in bopz-aangemerkte – intramurale – instellingen.
- De patiëntenrechtenconsulent kan de individueel toezichthoudende taak op de rechtspositie van psychogeriatricische patiënten binnen de zorgvoorziening op zich nemen.

Vooraleer een patiëntenrechtenconsulent succesvol bij wet kan worden ingevoerd in de psychogeriatric is nader onderzoek noodzakelijk. Diverse projecten zijn inmiddels op initiatief van de overheid gestart.

Naar een wet verantwoorde toepassing vrijheidsbeperking

In hoofdstuk 10 van dit proefschrift werd een antwoord gegeven op de probleemstelling. Geconcludeerd werd dat de rechtsbescherming van psychogeriatricische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperkingen thans onvoldoende is. Verder werd bekeken in hoeverre die wetgeving zou kunnen worden verbeterd. Daartoe werden een aantal alternatieven behandeld, die door anderen reeds werden aangedragen. Ook werd ingegaan op een wettelijke regeling die enkele jaren geleden in Ontario, Canada met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperking werd ingevoerd. Al deze alternatieven werden beoordeeld op hun bruikbaarheid. Gesteld werd dat geen ervan een oplossing gaf voor alle problemen die in dit proefschrift aan de kaak werden gesteld.

Tot slot werd een voorstel gedaan voor een wet verantwoorde toepassing van vrijheidsbeperking bij psychogeriatricische patiënten. De doelstelling van een dergelijke wettelijke regeling zou kunnen worden omschreven als het verbeteren van de rechtspositie van psychogeriatricische patiënten bij toepassing van vrijheidsbeperkingen door het vastleggen van kaders voor goede en verantwoorde zorg en door het introduceren van enkele instrumenten die de rechtsbescherming bevorderen. De zorg dient daarbij zodanig te worden georganiseerd dat vrijheidsbeperking zoveel mogelijk kan worden vermeden. Bij het voorstel voor deze wet is zoveel mogelijk rekening gehouden met bestaande wetgeving die van belang is bij patiëntenrechten en kwaliteit van zorg, te weten de Wgbo, de Wet bopz, de Kwz, de Wet big en de Wkcz. Wel werd gesteld dat deze wettelijke regeling in plaats zou dienen te komen van de Wet bopz, omdat dan voorkomen kan worden dat in verschillende situaties met verschillende wettelijke kaders gewerkt moet worden. Betoogd werd dat de wettelijke regeling bestuursrechtelijk van aard zou moeten zijn, omdat hierin tot uitdrukking kan worden gebracht dat het beschermen van de vrijheid een overheidstaak is. Dit past meer bij de te regelen materie dan toepassing van

vrijheidsbeperkingen onder de vlag van een overeenkomst, zoals thans onder de Wgbo mogelijk is.

Basis van de wet is een ruime omschrijving van het begrip vrijheidsbeperking. Gekozen is voor de definitie die ook in dit proefschrift als uitgangspunt is gebruikt. Voordeel is dat op die manier niet alleen dwangsituaties beschermd worden, maar ook situaties waarin daarbuiten toepassing van vrijheidsbeperking plaatsvindt. Dit is in overeenstemming met het zelf opgestelde theoretische kader. Nadeel van een ruime omschrijving is overigens dat ook bij geringe beperking een relatief zware administratieve last van zorgverleners wordt gevraagd. Deze kan worden beperkt door voor lichtere beperkingen, zoals beperkingen van keuzes in het kader van de zorg, een eenvoudiger voorziening te treffen.

Verder beperkt de reikwijdte van de wet zich niet tot intramurale instellingen zoals de Wet bopz, maar strekt zij zich uit tot alle plaatsen en situaties waar toepassing van vrijheidsbeperking op psychogeriatrische patiënten plaatsvindt.

De procedure voor toepassing van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten bevat een regeling van de personen die bevoegd zijn om vrijheidsbeperking toe te passen. Voorgesteld werd om vrijheidsbeperkingen te omschrijven als handelingen die voorbehouden zijn aan artsen. Analooq aan de voorbehouden handelingen in de Wet big is hij verantwoordelijk voor een (beslissing tot) toepassing. Hij is immers gekwalificeerd om bijvoorbeeld afwegingen te maken tussen fysieke vrijheidsbeperkingen of gebruik van medicatie. Ook kan hij beoordelen of er geen contra-indicaties zijn voor toepassing. De uitvoering kan hij evenals bij de voorbehouden handelingen in de Wet big overlaten aan anderen. Die moeten daartoe echter wel bekwaam zijn.

Daarnaast bevat de voorgestelde regeling een omschrijving van de omstandigheden waaronder vrijheidsbeperkingen geoorloofd zijn. Voorgesteld werd een noodzakelijkheidscriterium. Dit criterium biedt enerzijds zorgverleners voldoende ruimte om verantwoorde zorg te verlenen, maar is anderzijds zodanig opgesteld dat beslissingen van zorgverleners om vrijheidsbeperkingen aan te wenden toetsbaar zijn.

Evenals de Wet bopz behoort ook een nieuwe wettelijke regeling ten aanzien van toepassing van vrijheidsbeperking in de zorg kwaliteit en transparantie na te streven. Voorgesteld werd om de regeling zodanig in te richten dat de verantwoording voor die kwaliteit en transparantie meer bij de zorgaanbieder zelf wordt neergelegd. Ook dient de regeling te stimuleren dat de zorgaanbieder een beleid ontwikkelt teneinde vrijheidsbeperking zoveel mogelijk te voorkomen en terug te dringen, alsmede het zoeken naar alternatieven te bevorderen. Hiertoe dienen zorgaanbieders een registratiesysteem te ontwikkelen. De registratie moet de kwaliteit van individuele zorgbeslissingen inzake toepassing van vrijheidsbeperking bevorderen. Ook behoort die als instrument te kunnen dienen om met het oog op het vormgeven van beleid inzicht te krijgen in de omvang van het aantal vrijheidsbeperkingen die binnen een zorgvoorziening plaatsvinden en de redenen voor toepassing. De Inspectie zou meer op afstand toezicht kunnen houden door het toetsen van het beleid. Individueel toezicht kan door patiëntenrechtenconsulent worden uitgeoefend. Tevens kan de patiëntenrechtenconsulent bijstand verlenen op de wijze als hiervoor reeds werd beschreven.

Opneming in zorgvoorzieningen is in de door mij voorgestelde regeling omschreven als een bijzondere vorm van vrijheidsbeperking. Er is aandacht geschonken aan het gegeven dat tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming een glijdende schaal bestaat door extra bescherming in te bouwen voor de situatie dat patiënt of vertegenwoordiger het niet eens is met de opneming. Rekening is gehouden met eisen die door het Evrm en de Grondwet ten aanzien van vrijheidsbeneming worden gesteld.

Ten behoeve van alle vormen van vrijheidsbeperking kunnen verzoeken om een advies of uitspraken in een geschil aan een provinciale geschillen en adviescommissie (GAC)

Samenvatting

worden voorgelegd. Deze commissies zouden in de plaats kunnen komen van de huidige bopz-klachtencommissies. De onderwerpen waarover advies of uitspraak kan worden gevraagd zijn nauwkeurig omschreven, te weten over de wilsonbekwaamheidsverklaring van de patiënt, het al dan niet toepassen van een vrijheidsbeperking, de vraag of de zorgverlener handelt als goed hulpverlener, en de vraag of de vertegenwoordiger handelt als goed vertegenwoordiger. De GAC is derhalve bevoegd voor alle zaken waar de wet geen nadere invulling kan geven, maar er wel behoefte is aan meer duidelijkheid. Belangrijk is dat voldoende deskundigheid van degenen die zitting hebben in de GAC is gewaarborgd. Juridische en zorginhoudelijke deskundigheid is daarbij in ieder geval gewenst. Ook dient te worden verzekerd dat uitspraken van de GAC in een geschil onafhankelijk plaats te vinden. Dit geldt ook als dit geschil is ontstaan in een zaak waarover reeds advies heeft plaatsgevonden. De samenstelling en inrichting van de GAC behoren zodanig te zijn dat deze ook voldoet aan de vereisten van art. 5 Evrm voor het geval er sprake is van vrijheidsbeneming. Mede hierom is het tevens belangrijk dat beroep op de rechter en cassatie bij de Hoge Raad mogelijk is.

Om te voorkomen dat toepassingen van vrijheidsbeperking onvoldoende transparant worden toegepast, is in de regeling opgenomen dat de patiëntenrechtenconsulent in ieder geval moet worden ingelicht bij toepassing zonder toestemming van patiënt of vertegenwoordiger. In deze gevallen kan hij met betrokkenen bespreken of het wenselijk is om de situatie ter toetsing voor te leggen aan de GAC. Tevens blijft op deze manier extra aandacht bestaan voor situaties waarin interventies niet alleen een vrijheidsbeperkend maar bovendien een gedwongen karakter hebben. Voorgesteld werd om in situaties waarin geen toestemming kan worden verkregen ook overleg met een onafhankelijk arts voor te schrijven.

In de eindconclusie werd tot slot aangegeven dat het aanbeveling verdient dat een nieuwe wettelijke regeling snel wordt ontwikkeld en ingevoerd. De problemen in de psychogeriatric kunnen immers de komende jaren snel toenemen. Ook werd gesteld dat welke oplossing uiteindelijk ook gekozen wordt een menswaardige behandeling van psychogeriatricische patiënten voorop dient te staan.

SUMMARY¹

Introduction

Psycho-geriatric patients can be described as patients with mental diseases as a result of aging. In addition these patients have cognitive problems. Most psycho-geriatric patients suffer from dementia. In healthcare psycho-geriatric patients receive a problem is that they fail to make choices. As a result others have to choose for them. Thus a area of tension can be distinguished between patients' fundamental rights – for example the right on self-determination and freedom – on one hand, and the needs which are found to be important for well being of these patients by society on the other. This area of tension can especially be observed when it comes to restraining psycho-geriatric patients. Restraints are interventions or non-interventions, which for care reasons are applied or abdicated to patients and have as a goal or a byproduct that the freedom of psycho-geriatric patients is being restricted.

This dissertation discusses whether the Dutch legislation offers psycho-geriatric patients adequate legal protection when they are being restrained.

This question is worked out in five sub-questions:

1. How can adequate legal protection be defined and what paradigms have to be dealt with while examining the relevant legislation?
2. Which legislation applies to restraining psycho-geriatric patients, what objectives have the relevant acts and what is their range?
3. How does care practice implement this legislation?
4. Is the legislation adequate enough to meet with the paradigms that have to be with while examining legislation?
5. How can legislation be improved if necessary?

Chapter 2 explains how this study was set up. Techniques of systematic evaluation of legislation were used, in particular a literature study (parliamentary records, jurisprudence and scientific literature), quantitative research methods (a number of questionnaires among all kinds of health care facilities which deal with psycho-geriatric patients) and qualitative research methods (interviews and invitational conferences). Chapter 3 outlines the different kinds of health care facilities, which provide care to psycho-geriatric patients. This chapter also describes what the common health care vision on the use of restraints is.

The main body of the study is given in chapter 4 through 10. In chapter 4 a theoretical framework was set out, which can be regarded as the answer to the first question. The framework was a touchstone for measuring the quality of the legislation with respect to the use of restraints on psycho-geriatric patients. Chapters 5 through 9 will give answers to questions 3 through 5. Each of the five chapters was built around a theme, to describe the legal protection of psycho-geriatric patients when it comes to the use of restraints. The five themes are substitute decision making, long-term admission in care facilities, restraining, supervision by public inspection, and complaining procedures. Finally, chapter 10 answers the central question of this dissertation and also the fifth question.

¹ The author wishes to thank Christopher Jason for correcting the English text.

Summary

This summary provides for a short abstract of chapter 4 through 10.

Theoretical framework

To answer the first sub-question a theoretical framework was created. One of the outcomes of chapter 4 is that in order to ensure human dignity in health care for psycho-geriatric patients it is important not only to uphold the right on self-determination but also to protect the right on freedom. One of the conditions for the right on self-determination is the fact that a person can be held responsible for his choices, which is not always the case with psycho-geriatric patients. The freedom principle is a much broader concept in this context, especially because it covers the expression of individual free will as well as the respect of an individual's freedom by others.

On the other hand ensuring human dignity does sometimes mean that psycho-geriatric patients have to be protected. To balance all these principles with each other is also a part of ensuring human dignity. A basic idea that describes this balancing of different interests in health care is the principle of sound care. This principle aims at balancing these interests to achieve an adequate care decision. The right to sound and responsible care involves the interests of all who are involved in the care decision such that the decision is objective and verifiable. In addition a condition to this principle is that the balancing is done thus the decision can be made objective and able to be supervised by others.

Besides these principles concerning the content this chapter also described the criteria by which the quality of legislation can be judged. This dissertation focuses mainly on the effectiveness of legislation, which can be determined by acceptance, application, feasibility, and the enforcement of the legislation. The effectiveness is furthermore determined by consistence of legislation both internally, in comparison with other legislation on the same level (horizontal external consistence) and compared to legislation from a higher or lower level (vertical external consistence).

Substitute decision making

The Medical Treatment Contract Act ('Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst'; Wgbo), the Involuntary Admission in Mental Hospitals Act ('Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen'; bopz) and the Substitute Decisions Act ('Wet mentorschap') are the three acts which provide for a legal framework concerning substitute decision making on the subject of restraining psycho-geriatric patients. When a patient is incompetent of making his own decisions, the persons appointed by the Wgbo or the bopz can represent him. Both acts authorize subsequently the following persons to make substitute decisions: the legal guardian², the person with a power of attorney for personal care, the spouse or partner, or one of the parents, children, brothers or sisters. In practice legal guardians for psycho-geriatric patients rather rarely are appointed. An exception is the appointment of guardians who manages the property and assets of the patient. This occurs more often. The same remark can be made for persons with a power of attorney for personal care. Such a power is only occasionally designated.

The content and the construction of the legal framework are in line with the above-mentioned theoretical principles. The legislation pays attention to the field of tension concerning the right to self-determination on the one hand and the need for protection

² In Dutch legislation three kinds of legal guardianship can be distinguished: a general guardian ('curator'), a guardian of the person ('mentor') and a guardian of property ('bevindvoerder').

on the other hand. Legal representatives are appointed by a judge to be a custodian of or mentor to psycho-geriatric patients. In these cases they also function as a substitute decision maker on behalf of the patient

These principles have to be weighed carefully: the caregiver has to operate as a good caregiver and the substitute decision maker has to act as a good substitute decision maker. Unfortunately the legislation lacks a clear indication *when* the patient is incompetent of making his own decisions. The legislation employs the standard that the patient is not able to make a reasonable determination of his or her own best interests. There are no other criteria, nor procedural guarantees to ensure an objective determining of incompetence.

In practice there is little difference between the various care services in the manner in which representation is handled. The legal framework that is applicable has apparently little effect. Mention is only made of the fact that a substitute decision maker has to represent the patient when the patient is not capable of balancing his interests by reason.

Although different acts apply to the various health care facilities for psycho-geriatric patients, the facilities don't show a different way of coping with representation. Three remarks have to be made about practice. The first one is that without guidelines to measure incompetence remains a subjective assessment. It is important give insight into the decision making process. In practice however there are neither a protocol of documenting the decisions nor the reasons for taking these steps in the medical records of the patients.

The second remark is that in psycho-geriatrics it often occurs that there is no representative appointed by law to make substitute decisions for the patients. Nevertheless the health care facilities seldom apply for a guardian of the person, even though this procedure was especially meant for situations where the usual representatives were lacking. The problem could be that there is no legal obligation for health care institutions to apply for such a guardian. It has been questioned as to whether these shortcomings of the legislation are in conflict with the obligations of the Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine.

The third comment that can be made is that when caregivers consider restraining psycho-geriatric patients, substitute decision makers sometimes are more or less forced to agree with practice.

A problem with the legislation on substitute decision making is the fact that an adequate way of maintaining the law is missing. One can use a civil law procedure or the bopz-complaining procedure, but these procedures do not seem to work when it comes to psycho-geriatric patients. Therefore unjustly findings of incompetence or wrongfully made substitute decisions cannot be brought up well. As a result no guidelines for measuring incompetence, good substitute decision making or behaving as a good caregiver in respect of restraining patients proceed from jurisprudence.

Admission

The type of legal framework, which applies to admission in a care facility, depends on the type of facility. There are three laws that are applicable. The bopz applies to involuntary admission in a mental hospital. Several health care facilities can be appointed by the Minister of Health as mental hospital: mental hospitals themselves, but also nursing homes and rest homes. An admission of a patient can be regarded upon as involuntary, when he does not show enough will to be admitted. The decision for an involuntary admission normally is made by a judge, but in emergency cases can be done by the mayor. A judge later on has to confirm the emergency admission. In nursing homes and

Summary

rest homes that are appointed as mental hospital an involuntary admission of psycho-geriatric patients also can take place when a special board – the regional indication organ – has made a so-called indication decision. This decision only can be made for patients who do not show enough will to be admitted, but who do not show any resistance against the admission as well. A disadvantage of this indication procedure is that, compared to the involuntary admission by a judge, less expertise in judgment is assured.

The Wgbo applies to admissions in health care facilities that are appointed as mental hospitals, if the patient has consented to the admission. This law also applies to other health care facilities if the legal relation between patient and facility can be qualified as a treatment contract. Even a coerced admission is possible under the Wgbo, because there is a section that permits coerced treatment. The question here is whether such an admission is in accordance with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Section 5 of this convention implies when an admission can be regarded upon as a detention, the patient has to be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and has to be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. The European Court does not only examine the legal admission procedures but also does take into account whether the prescribed procedure was respected, especially when it comes to the immediate accessibility to a court once an involuntary admission has taken place.

When the Wgbo is not applicable either, the case can revert to general contract law. Under these circumstances a coerced admission is impossible, because there is no legal ground to support such an admission.

In general the bopz complies with the theoretical principles. The Act does meet the principles on self-determination and freedom. Moreover the Act obliges caregivers and court to balance these principles carefully with the principle of protection. A shortcoming however is the Act only applies to facilities that are appointed as mental hospitals. The range of facilities where psycho-geriatric patients can be admitted, and sometimes are admitted involuntarily, is much broader. The other legal frameworks offer less protection comparing to the bopz.

In practice psycho-geriatric patients rarely are admitted by court order or an appointment by the mayor. Twenty percent of the patients are admitted voluntarily, where most of the patients are admitted by appointment of the indication organ. Research indicates that the small amount of coerced admissions not only results from the fact that most of the patients can be assigned to the intervening group, but also because assessors hardly ever recognize resistance of psycho-geriatric patients to admission. The bopz does not provide conditions for the handling of patient resistance. Assessors however only consider opposition that is explicit, persistent and that has an actual meaning as a form of resistance. Under this practice the legal protection of the bopz does not work. Moreover there is no correction by external supervision or a maintaining procedure because the bopz lacks such provisions in the indication procedure.

This chapter concludes there is a need for an adequate admission procedure for all health care facilities that deal with long-term admission of psycho-geriatric patients. These procedures have to take into account the fact that admission of these patients can be considered as restrictions on liberty of movement, and under circumstances even as deprivation of liberty (detention).

Restraining

Both the bopz and the Wgbo apply to restraining psycho-geriatric patients. Outside the reach of these Acts there is no legal basis in care to restrain psycho-geriatric patients.

The bopz permits the use of restraints when the patient or his substitute decision maker consents to this measure. When there is consent the measure has to be registered in the care plan. Restraining a patient also is possible when he resists execution (of a part) of the care plan. In that case execution only can take place if it is absolutely necessary, to prevent the patient or others from danger. The third situation that permits restraining is in case of emergency.

Research shows the Wgbo also gives room to restraining patients. Comparable with the bopz restraining it is possible when the patient or his substitute decision maker give consent to the application. Even if the patient resists the use of restraints, application is possible. The conditions are:

- The relation between caregiver or care facility on one hand and the patient or his substitute decision maker on the other can be considered to be a health care contract.
- The patient is incompetent.
- The substitute decision maker has consented to the use of restraints
- Restraining is necessary to prevent the patient from serious harm.

Restraining patients under the Wgbo also is possible in emergency situations.

The problem with the Wgbo is that comparing to the bopz the Act contains some inconsistencies. As a result the range of the Wgbo on the use of restraints is not clear.

The construction of the bopz and the Wgbo is thus extra legal protection to the patient only is provided when a patient resists the use of restraints. To put this in other words legal protection has been made dependent from the patient's expression of will. Although this suits the right on self-determination, it does not match the freedom principle. After all this dependence of the individual's will legalizes the behavior of caregivers, where the individual often is not capable of express himself. If the legislation had been built around the freedom principle then the legality would only have been focused around the actions of the caregivers, which is more in accordance with reality.

In practice the construction of the legislation leads to problems. Both in situations where the bopz applies and in situations where it does not, psycho-geriatric patients frequently are being restrained. Like admissions with restraining caregivers have trouble with recognizing and interpreting resistance of the psycho-geriatric patients.

The bopz has two instruments to ensure extra protection when coerced treatment or restraints in emergency situations have been applied. Firstly the application has to be registered and secondly it has to be reported to the Public Inspection. Neither of these instruments in practice really serves its purpose. Institutions that can be considered as mental hospitals do register the use of restraints even if there is no sign of coerced treatment or emergency situations. Nevertheless they do not register or document the practice centrally and therefore there is no overview in the matter of total use of restraints. As a result no policy is being developed to reduce restraining.

Because the use of restraints rarely is considered to be coerced treatment, only a limited number of applications are reported to the Public Inspection.

Similar problems occur in cases where the bopz does not apply. The problems here are more serious since the quality of the registrations is low and reports to the Public Inspection never take place. As a matter of legal fact mental hospitals are not required to register or report the use of restraints.

Research shows that the amount of care taken with restraining psycho-geriatric patients is not dependent on the legislation or the setting in which patients are being restrained. These determining factors symbolize more a vision of what care should be in terms of the culture of organization, caregivers' opinions and their expertise.

Summary

The conclusion can be drawn that current legislation does not offer enough protection when psycho-geriatric patients are being restrained. More legal protection could be realized by implementing a broader definition of restraining in the legislation. In that way law can protect even psycho-geriatric patients who cannot express themselves. A second improvement is to describe the conditions for restraining thus that psycho-geriatric patients who need restraints receive the care they require, but also that patients will be protected against unnecessary application. Health care facilities must be stimulated to prevent restraining and reduce the use of restraints within the organization. This for example could be realized by searching for alternatives. Furthermore it is important that the legal protection is not dependent on the type of care facility the patient stays. A uniform approach to the use of restraints would ensure that the decision to restrain and how restraining is done is made more transparent, so supervision can take place adequately.

Supervision

Supervision in mental health care – psycho-geriatrics is a part of this – is the responsibility of the Public Inspection of Health Care (PIHC). Supervision on restraining psycho-geriatric patients therefore is also their responsibility. The legal basis of their power can be found in the bopz, the Health Act ('Gezondheidswet'), the Health Care Facilities Quality Act ('Kwaliteitswet Zorginstellingen'; Kwz) and the Professions Individual Health Care Act (BIG).

In order to be able to supervise adequately, several general and some specific competencies are attributed to the PIHC. In facilities that fall under the bopz, the PIHC not only has a duty to supervise generally, but it has also the obligation to perform supervision on the individual patient's legal position. Outside the reach of the bopz, the PIHC only has a general supervision duty.

This research shows that neither the general, nor the individual supervision duty works sufficient. Partly this insufficiency is caused by the legislation. There are several important conclusions to mention:

- The PIHC's duties on coerced treatment and restraining in emergency situations laid down in the bopz are inconsistent and not clear.
- Outside the reach of the bopz the PIHC lacks similar competencies. Therefore in health care facilities where the bopz does not apply, the PIHC does not receive warning signs to act upon. As a result it cannot operate adequately.
- The Kwz, which provides for some general competencies, has no instruments either that can comply with adequate supervision.

In practice it appears the PIHC only supervises generally and does not act upon duties aimed at the individual's legal protection. Besides the lack of adequate instruments this is also caused by the fact these duties traditionally don't fit with the PIHC's original job prescription. Another cause is the lack of sufficient manpower to perform these duties. During the study there were several indications the PIHC sometimes take their competencies too literally. As a result this led to a policy of health care facilities outside the reach of the bopz be told not to report the use of restraints on patients. Another problem with the PIHC's competencies is the fact if deviancies are being observed; it has no adequate sanction instruments.

The conclusion is that there has to be a reorientation on the PIHC's duties and competencies when it comes to supervise restraining psycho-geriatric patients. Suggested is especially supervision on the individual's legal protection should be formed otherwise.

Meanwhile general supervision should be strengthened. This could be achieved by using current instruments more effectively, for example quality systems and facilities' annual reports. Additionally the PIHC should have better sanction instruments. At present the government is already working on more possibilities for the PIHC to use so-called administrative compulsion and to impose administrative fines.

Complaining procedures

The bopz provides for a special complaining procedure for involuntary admitted patients to complain about being restrained. The procedure was meant in order to bring unjustified application to attention. Voluntary admitted patients cannot complain through this procedure. Apart from the patient, a fellow patient or a substitute decision maker can make complaints. There are five grounds, which a complaint can be based upon. There can be a complaint about a declaration of incompetence, about coerced treatment, about restraining in emergency situations and about four special measures, which are mentioned in section 40 of bopz.

A special complaints board judges the complaints. The board is formed by at least three persons. A psychiatrist in mental hospitals or a so-called nursing home physician in nursing homes and rest homes and a lawyer have to be among them. The chairman has to be independent from the health care facility. The procedure employed by the board provides for several guarantees that ensure a fast, independent judgment on the complaint. In addition the complainant may make an appeal in court.

On behalf of patients that are being or have been restrained and who are not able to complain themselves, the PIHC has the power to ask for a court's judgment. The PIHC however never used this power.

In cases where the bopz complaining procedure does not apply, one can use the general complaining procedure, which is part of the Health Care Facilities Complaining Act (Wkcz), or either the disciplinary law or civil law procedure. The latter two procedures however are not subject to this study.

The general complaining procedure provides fewer guarantees than the bopz procedure. It is not very suitable for judgments on the use of restraints, especially when the restraining is still going on. There is no power to suspend the restraints and the duration to judge is too long.

Several studies indicate the complaining procedures, from both the Wkcz and the bopz, are being used rarely and insufficiently. The last remark is grounded on the fact that could be complaints do not occur frequently. There are three main reasons why complaints not are being made. The first reason concerns the person who has to complain. The psycho-geriatric patients themselves mostly are not able to complain. His substitute decision maker does not complain either, because of several reasons. One if them is the fact he is afraid of repercussions on the person under his care. A second reason for not complaining is the facility's policy and culture. Especially when solving complaints at places where they originate is emphasized, there can be too much pressure on the potential complainer to express his feelings. A third reason is the construction of the complaining regulations procedure in the health care facilities may be too complex and form a barrier to making a complaint. Specifically making a written complaint without the help of the institution or unnecessary complicated procedures in cases where both the Wkcz and the bopz apply may frustrate the use of complaining procedures. Another complication could be the accessibility of the complaining procedure. Publishing the procedure, the way the complaint in the procedure is defined, and obstacles that can hinder complaining such as a limited period to complain after the situation occurred or limiting the number of persons that can complain determine the accessibility.

Summary

The fact that in practice no complaints are being made, while there are situations that justify doing so proves the ineffectiveness of the complaining procedures. Health care facilities are aware of this problem and already have tried to work on solutions. One of the solutions is the introduction of a so-called complaining officer that is appointed in the facility. However the problems that occur when this officer attends the complaints are similar to the ones with the complaining board.

One of the hypotheses of this study was that a psycho-geriatric patient advocate might improve the legal position of psycho-geriatric patients. The study supports this hypothesis if such an advocate in psycho-geriatrics has a job description comparable to that of the psychiatric patients advocate. Aspects of the job description include:

- The psycho-geriatric patient advocate has to interfere actively with the patient's legal position among other things meaning a less resigned attitude. An active interference is even more important when a patient has no substitute decision maker.
- The psycho-geriatric patient advocate must not only act upon request and on behalf of the patients but has also the duty to meet family and substitute decision makers. In meeting family and substitute decision makers the advocate has to be aware of conflicted interests they can have. If a conflict of interests occurs the patient's interest always has to come first.
- A psycho-geriatric patient advocate must be appointed in all health care facilities that provide for care to psycho-geriatric patients, not only in facilities where the bopz applies.
- The psycho-geriatric patient advocate must be allowed to supervise the individual's legal protection within the health care facility.

Before the psycho-geriatric patient advocate can be introduced successfully by legislation, more research is necessary. At the time when this study was completed, the government had initiated several studies.

Towards new legislation regarding considered restraining psycho-geriatric patients

The last chapter of this dissertation answers the main hypothesis. The study concludes that currently the legal protection afforded to psycho-geriatric patients being restrained is insufficient. A additional objective of this chapter was to examine whether and how the legislation could be enhanced. In order to answer these questions this study first examined several alternatives from other authors on the subject. Also the author went through the Ontarian Patients restraints minimization act, which was introduced in 2002. The effectiveness of all these alternatives was evaluated in the context of this study. It was concluded none of them was a solution for all problems that rose up in the earlier chapters.

Finally the author suggested introducing a new law in the restraining of psycho-geriatric patients. The main objective of such legislation could be described as ameliorating the legal position of psycho-geriatric patients by determining a framework for sound and responsible care and by introducing several instruments that can support legal protection. Care should thus be organized in such a way that restraints can be prevented from being applied as much as possible. In the proposal I have taken the current legislation into account, which is important in order to protect patients' rights and quality of care. This concerns the Wgbo, the bopz, the Kwz, the BIG and the Wkcz. To prevent the application of different legal frameworks in different situations it was suggested that the proposed act replace the bopz in bopz-facilities (at least for psycho-geriatric patients not being admitted in 'real' mental hospitals). Furthermore it was argued the new legislation should be part of administrative law, because in this area of law the protection of

freedom would become a governmental task. This is an improvement of the current situation, which gives room for restraining as a part of contract law.

The assumption of the proposed legislation is not to reduce legal protection to coerced treatment or restraining in emergency situations, but to broad its range. Therefore the same definition of restraining in the legislation was used for this dissertation. This also corresponds to the definition being adopted in English speaking countries. Furthermore this assumption is in line with the theoretical framework, which was set out earlier. However it must also be said that a disadvantage of adopting a broad definition might inadvertently increase the administrative burden of health care workers. This could be reduced if 'light restraints' were distinguished from 'heavy restraints' such that for the first category involves less complicated administrative tasks.

Another adaptation of the legislation range is not limiting the working to intramural facilities as the bopz does, but to include all health care facilities providing care to psycho-geriatric patients.

The procedure regarding restraining psycho-geriatric patients first of all contains an arrangement of persons that are allowed to restrain. Similar to the actions that are strictly reserved to physicians in the BIG, it is suggested that only a physician should be allowed to decide whether a psycho-geriatric patient has to be restrained. This would apply only physicians who are qualified to balance physical restraints and the use of medication. Furthermore the physician must be capable of judging the medical condition of patients and to assess whether contra-indications occur. Like the construction of the BIG the application of restraints can be delegated to others, such as nurses. These others parties however have competence to perform these actions.

In the second place the proposed act contains a description of the circumstances that allow restraining. The author proposed to use a condition of necessity that on the one hand allows health care givers to provide responsible care, but on the other hand formulates how decisions of physicians to restrain can be evaluated.

Like the bopz new legislation must aim at ensuring the quality and transparency in health care while patients are being restrained. It was proposed to make health care facilities more responsible for quality and transparency, instead placing the responsibility in the hands of the PIHC. Moreover facilities have to be stimulated into developing policies to prevent restraining and reducing the use of restraints. In order to do so, health care facilities have to develop a registration system that not only serves to improve the quality of individual decisions of restraining, but also to serves as an instrument to obtain an insight on the number of restraints being applied within the facility and for what reasons restraints are being used. With this database of knowledge and experience and instruments to measure them prevention and reducing program actually can be formed. The PIHC's could be reformed to supervising at a distance. This could be achieved by evaluating the facilities' policies instead of supervising each application. As I mentioned before the psycho-geriatric patient advocate could take over the supervision in individual cases.

Admission of psycho-geriatric patients in health care facilities can be considered as an exceptional form of restricting someone's liberty of movement and therefore can be regulated in the same way as restraints, without of course losing focus on the differences. Both deprivation and restriction on the liberty of movement can be considered as a balancing scale on which admission has to be judged and which can provide extra protection in cases where the patient or the substitute decision maker resists. The construction has to comply with the legislation in section 5 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

With regard to all restrictions or deprivations on the liberty of movement there is a possibility to apply a provincial conflict and advisory board ('geschillen en adviescommissie').

Summary

sie', GAC). These boards could replace the current bopz complaints boards. In the proposals the subjects that can be applied for are limited: a finding of incompetence of the patient, applying or not applying a restraint, is the caregiver acting as a good caregiver, or is the substitute decision maker acting as a good substitute decision maker. Consequently the GAC is empowered in all cases where the legislation does not provide for solutions, but more clarity is needed, especially where the legislation uses so-called open norms. Therefore it is important that the members of the board are well qualified to the task. At the very least juridical and health care expertise is needed. Likewise it is important that the board judges or recommends independently, even more so where a conflict arises from a recommendation made by the board. Furthermore both the formation and the organization of the board have to comply with section 5 of the European Convention in cases that could be considered to be deprivation of liberty (detention). Accordingly it is important to be able to appeal in court and Supreme Court is necessary.

In order to prevent insufficient transparency on restraining, the proposed act demands informing the psycho-geriatric patient advocate in each situation where a restraint is applied without permission from the patient or his substitute decision maker. In these cases the advocate can discuss whether it is necessary to consult the GAC on the application. Even more in this construction extra attention still exists for situations that can be described as involuntary in nature. As an extra safeguard it was proposed to demand a second opinion from a second, independent physician in cases without consent.

In the final conclusion the author recommended new legislation be developed and introduced as soon as possible, because in the upcoming years problems in psycho-geriatric care will only increase as a result of aging of the population. Another proposition was that for every policy involving psycho-geriatric patients restraints, the policy should foremost consider the dignity of psycho geriatric patients that they deserve in health care.

BRONVERMELDINGEN

Jurisprudentie

Kantongerecht Emmen, 28 juni 1995, NJ 1995, 658

Kantongerecht Utrecht, 26 januari 2000, NJ 2000, 373

Rechtbank Middelburg, 5 september 1994, Tijdschrift voor gezondheidsrecht 1995, 2

Rechtbank Zutphen, 6 oktober 1997, kBJ 1998, 10, 28, met noot van T.P.J.C. Widdershoven

Rechtbank Zutphen, 19 december 1997, kBJ 1998, 19

Rechtbank 's-Hertogenbosch, 13 januari 1998, kBJ 1998, 16, 37, met noot van T.P.J.C. Widdershoven

Rechtbank Alkmaar, 10 februari 1998, kBJ 1998, 43, met noot van W.J.A.M. Dijkers

Rechtbank Zwolle, 15 juni 1999, kBJ 2000, 17

Rechtbank 's-Hertogenbosch, 6 oktober 1999, kBJ 2000, 30, met noot van K. Blankman

Rechtbank Roermond, 24 november 1999, kBJ 2000, 13, met noot van P.P.J.N. Ginneken, van

Rechtbank Zwolle, 25 januari 2000, kBJ 2000, 53, 137, met noot van R.P. Roode, de

Rechtbank Alkmaar, 1 februari 2000, kBJ 2000, 43, 120, met noot van Redactie

Rechtbank Zutphen, 29 februari 2000, kBJ 2000, 37, met noot van Redactie

Rechtbank Amsterdam, 24 augustus 2000, BJ 2001, 6, 29

Rechtbank 's-Hertogenbosch, 11 september 2000, BJ 2001, 29, 137, met noot van R.P. Roode, de

Rechtbank Amsterdam, 10 oktober 2000, BJ 2001, 7, met noot van T.P.J.C. Widdershoven

Rechtbank Amsterdam, 13 februari 2001, BJ 2001, 39, met noot van J.K.M. Gevers

Rechtbank Arnhem, 6 november 2001, BJ 2002, 1, 39, met noot van Redactie

Rechtbank Amsterdam, 22 juli 2002, BJ 2003, 4

Rechtbank Amsterdam, 12 augustus 2002, BJ 2003, 5

Rechtbank Amsterdam, 13 november 2002, BJ 2003, 49

Rechtbank Amsterdam, 23 januari 2003, BJ 2003, 50

Rechtbank Middelburg, 18 maart 2003, BJ 2003, 56, met noot van J.C.J. Dute

Centrale Raad van Beroep, RZA 2001, 34

Harmonisatiewet-arrest, Hoge Raad, 14 april 1989, AB 1989, 207, met noot van FHvdB

Hoge Raad, 1 juli 1994, NJ 1994, 718

Hoge Raad, 18 november 1994, NJ 1995, 212, met noot van J. Boer, de

Hoge Raad, 7 april 1995, NJ 1995, 616, met noot van J. Boer, de

Bronvermeldingen

- Hoge Raad, 8 november 1996, NJ 1997, 471
Hoge Raad, 6 februari 1998, kBJ 1998, 2, 13; NJ 1998, 302
Hoge Raad, 1 december 2000, NJ 2001, 390, met noot van J. Boer, de
Hoge Raad, 2 november 2001, BJ 2002, 1, 4; Hoge Raad, 2 maart 2001, BJ 2001, 19, 26, met noot van Redactie
Hoge Raad, 6 december 2002, BJ 2003, 1, met noot van R.H. Zuiderhoudt
- Winterwerp versus the Netherlands, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 24 oktober 1979, NJ 1980, 114, met noot van E.A. Alkema
Ashingdane versus United Kingdom, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 28 mei 1985, NJ 1991, 623, met noot van E.A. Alkema
Bentham versus Nederland, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 23 oktober 1985, NJ 1986, 102, met noot van E.A. Alkema
Nielsen versus Denmark, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 28 november 1988, NJ 1991, 541, met noot van E.A. Alkema
Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 5 oktober 2000, BJ 2001, 36, met noot van W.J.A.M. Dijkers
H.M. versus Switzerland, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 26 februari 2002, BJ 2002, 2, 55, met noot van W.J.A.M. Dijkers; European Human Rights Cases 2002, 32, 292, met noot van J.v.d. Velde
Kleyn and others versus Nederland, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 6 mei 2003, NJ 2004, 15, met noot van P.J.B.
H.L. versus the United Kingdom, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 5 oktober 2004, <http://cmiskp.echr.coe.int> 2004, 15

Literatuur

- Aanwijzingen voor de regelgeving. Aanwijzingen voor convenanten. Praktijkvoorschriften voor ontwerpers van regelingen en convenanten van de rijksoverheid. Den Haag: Sdu Uitgevers, 1998.
- Aedes, en Arcades. Woonzorgcomplexen [Internet]. 2001 [aangehaald 9 maart 2004]. Beschikbaar via www.kenniscentrumwonzorg.nl.
- Algemene Rekenkamer. Inspectie voor de gezondheidszorg. Rapport (Handelingen Tweede Kamer, 26 395, nrs 1-2). 26. Den Haag: Algemene rekenkamer, 1999.
- Akkermans, P.W.C., en A.K. Koekoek, (red.). De grondwet. Een artikelsgewijs commentaar. 2^e druk. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1992.
- Alkema, E.A. De reikwijdte van fundamentele rechten - de nationale en internationale dimensies, I. In: De reikwijdte van fundamentele rechten. Preadviezen., H.N. Juristen-Vereniging (red.). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995.
- Andriessen, J.H.T.H., J.M.J. Baaijens, E.M.H. Hirsch Ballin, en I.T.M. Snellen. Een korte voorgeschiedenis. In: Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid. Resultaten van een studiedag over wetsevaluatie, J.H.T.H. Andriessen, J.M.J. Baaijens, E.M.H. Hirsch Ballin en I.T.M. Snellen (red.), 1-4. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1987.
- Arends, L.A.P. Beperkt door zorg. Toepassing van vrijheidsbeperkingen op psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten op plaatsen waar de Wet bopz niet van toepassing is. Den Haag: Ministerie VWS, 2004.

- Arends, L.A.P. De implementatie van de Wet bopz in verzorgingshuizen. Utrecht: Arcares, 2001.
- Arends, L.A.P. De interne rechtspositie van psychogeriatrische patiënten in verpleeg- en verzorgingshuizen. Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatrie 34, nr. 2 (2003): 65-73.
- Arends, L.A.P. De moeizame implementatie van de Wet bopz in verzorgingshuizen. Tijdschrift voor gezondheidswetenschappen 81, nr. 8 (2003): 459-467.
- Arends, L.A.P. Het klachtrecht in de psychogeriatric - de stand van zaken. Tijdschrift voor verpleeghuisgeneeskunde 27, nr. 1 (2003): 18-24.
- Arends, L.A.P. Het klachtrecht van de Wet bopz in psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg: een verslag van de tweede bopz-evaluatie. Maandblad Geestelijke Volksgezondheid 59, nr. 4 (2004): 303-315.
- Arends, L.A.P. Het klachtrecht van de wet BOPZ: ervaringen in de psychogeriatric. Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatrie 29, nr. 2 (1998): 59-66.
- Arends, L.A.P. Legal status of incompetent patients in psycho-geriatric settings from a Dutch perspective. Medicine and law 23, nr. 4 (2004): 821-832.
- Arends, L.A.P. Vervangend beslissen voor wilsonbekwame patiënten. Een vergelijkende studie tussen Ontario en Nederland. Tijdschrift voor Familie en Jeugdrecht 21, nr. 7/8 juli 1999 (1999): 146-154.
- Arends, L.A.P., K. Blankman, en B.J.M. Frederiks. Interne rechtspositie in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptensector. 10 delen. deel 3, Evaluatie Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen. Den Haag: ZonMw, 2002.
- Arends, L.A.P., en B.J.M. Frederiks. Hersenschimmen? Een beschouwing over de noodzaak van nieuwe wetgeving naar aanleiding van de tweede Wet bopz-evaluatie interne rechtspositie van psychogeriatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten. Tijdschrift voor gezondheidsrecht 27, nr. 2 (2003): 80-92.
- Arends, L.A.P., en B.J.M. Frederiks. Verslag jaarvergadering vereniging van gezondheidsrecht. Tijdschrift voor gezondheidsrecht 27 (2003).
- Arends, L.A.P., en J. Legemaate. De samenloop tussen de WKCZ en de BOPZ. In: Evaluatie Wet Klachtrecht Cliënten Zorgsector, R.D. Friele, C. Ruiter, de, F.C.B. Wijmen, van en J. Legemaate (red.). Den Haag: ZorgOnderzoek Nederland, 1999.
- Arends, L.A.P., en T. Stigter. De implementatie van de Wet bopz in verzorgingshuizen II: Verantwoorde toepassing vrijheidsbeperkingen door het hele verzorgingshuis? Utrecht: Arcares, 2003.
- Arends, L.A.P., en F.C.B. Wijmen, van. Hoofdstuk 8. Rechtshandhaving. In: Regulering van de gezondheidszorg, J.C.J. Dute en H.E.G.M. Hermans (red.). Maarssen: Elsevier Gezondheidszorg, 2000.
- Bakker, R.H., L.J. Tiesinga, en T.W.N. Dassen. Onderzoeksrapport vrijheidsbeperkende maatregelen. Groningen: Noordelijk Centrum voor Gezondheidsvraagstukken, 1997.
- Bakker, R.H., L.J. Tiesinga, P. Gassman, en T.W.N. Dassen. Vrijheidsbeperkende maatregelen in niet bopz aangemerkte instellingen. Gelegaliseerde dwang of gedwongen legalisering? Tijdschrift voor Gezondheidswetenschappen 80, nr. 7 (2002): 455-462.
- Barendrecht, J.M. Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming. Deventer: Kluwer, 1992.
- Barendrecht, J.M., J. Vranken, W. Boom, van, et al. Methoden van rechtswetenschap: hoe komen we verder? Nederlands Juristenblad 79, nr. 28 (2004): 1419-1429.

- Bauduin, D.M.J. Andermans eigenbelang. Morele dilemma's in de geestelijke gezondheidszorg, 1986.
- Beekink, E., J. Gierveld, en B. Meyboom-de Jong. Inleiding. In: Inleiding gerontologie en geriatrie, F. Eulderink, T.J. Heeren, D.L. Knook en G.J. Ligthart (red.), 1999.
- Bellekom, T.L., A.W. Heringa, T. Koopmans, en R.E. Winter, de. Compendium van het staatsrecht. 9^e druk. Deventer: Kluwer, 2002.
- Berendsen, R.R.M., en K. Blankman. De hulpverlener toch als mentor? Over vertegenwoordigers van wilsonbekwamen en hun onafhankelijkheid. Nederlands Juristenblad 72, nr. 17 (1997): 769-770.
- Berghmans, R., D. Elfahmi, M. Goldsteen, en G. Widdershoven. Kwaliteit van dwang en drang in de psychiatrie. Eindrapport. Utrecht: GGZ Nederland, 2001.
- Berghmans, R.L.P. Om bestwil. Paternalisme in de psychiatrie. Een gezondheidsethische studie. Amsterdam: Thesis publishers, 1992.
- Bernlef, J. Hersenschimmen. Amsterdam: Em. Querido's Uitgeverij B.V., 1984.
- Bilodeau, M., e.a. Minimizing the use of restraints in Ontario hospitals. Report of the Restraints Task Force. Ontario Hospital Association, 2001.
- Blankman, K. Curatele voor personen met een geestelijke stoornis en bescherming op maat. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994.
- Blankman, K. Menswaardigheid en rechtsbescherming van geestelijk gehandicapten. In: Recht en gezondheid. Liber Amicorum Mr. Oscar P.F. Oldenburg, K. Blankman en J.E. Doek (red.), 38-50. Amsterdam: VU-uitgeverij, 1992.
- Blankman, K. Mentorschap en vertegenwoordiging van wilsonbekwamen in niet-vermogensrechtelijke aangelegenheden. FJR 17, nr. 3/4 (1995): 84-87.
- Blankman, K. Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 16, nr. 8 (1992): 438-454.
- Blankman, K. Mentorschap tussen curatele en Wgbo en het uitlokken ervan door hulpverleners. Tijdschrift voor Familie en Jeugdrecht, nr. 3 (2000): 50-57.
- Blankman, K. Mentorschap. Een voorstel van wet. Medisch Contact 49, nr. 29/30 (1994): 947-948.
- Blankman, K. Mentorschap; een omstreden wetsvoorstel. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 12, nr. 4 (1988): 202-222.
- Blankman, K. Rechtsbescherming bij vrijheidsbeneming in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric. In: Psychiatrie en recht. Preadvies uitgebracht ten behoeve van de Jaarvergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht op 11 april 2003. Utrecht: Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2003.
- Blankman, K. Vertegenwoordiging van wilsonbekwamen, de wet bopz en het EVRM. Over het benoemen van twee curatoren of mentoren en het bepalen van de verblijfplaats van wilsonbekwamen. Tijdschrift voor Familie en Jeugdrecht 23, nr. 5 (2001): 126-132.
- Blankman, K., en Y.L.L. Zutphen, van. Mentorschap ten behoeve van wilsonbekwamen. Een tussenbalans. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 22, nr. 6 (1998): 334-343.
- Bock, R.H., de, en W.J.A.M. Dijkers. Handleiding klachtenprocedure bopz. Trema 17, nr. 3 (1994): 108-116.
- Boer, J., de. Vermoeden van wilsonbekwaamheid? Nederlands Juristenblad 70, nr. 38 (1995): 1406-1407.
- Boersma, F., C.M.P.M. Hertogh, en M.G.M. Olde Rikkert. Gedragscode verzet bij wilsonbekwame psychogeriatrische patiënten in het kader van de Wet Medisch Weten-

- schappelijk Onderzoek met Mensen. Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatrie 30 (1999): 247-248.
- Boot, J.M., en M.H.J.M. Knapen. De Nederlandse gezondheidszorg. 7^e druk. Utrecht: Het Spectrum, 2001.
- Boven, J.J.A., van. Praktische aspecten van de opnameprocedure. onder redactie van R.B.M. Keurentjes en R.H. Zuijderhoudt. deel 7, Praktijkreeks bopz. Den Haag: Sdu Uitgevers, 2003.
- Bressers, J.T.A., en A. Hoogerwerf. Inleiding tot de beleidsevaluatie. In: Beleidsevaluatie, J.T.A. Bressers en A. Hoogerwerf (red.). Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Wil-link, 1995.
- Buchanan, A.E., en D.W. Brock. Deciding for others. The ethics of surrogate decision making. 2^e druk. New York: Cambridge University Press, 1990.
- Burg, W., van der. Gezondheidsrecht en bio-ethiek: Op weg naar een nieuwe verhouding. R&R 25, nr. 3 (1996): 193-206.
- Casparie, A.F., J. Legemaate, R.A.L. Rijkschroeff, et al. Evaluatie Kwaliteitswet zorginstellingen. deel 8, Reeks evaluatie regelgeving. Den Haag: ZonMw, 2001.
- CBO. Preventie van valincidenten bij ouderen. 83. Utrecht: Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO, 2004.
- CBO. Richtlijnontwikkeling binnen het Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO. Utrecht: Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO, 2000.
- CNO. Practice standard restraints. 1-11. Toronto, Ontario Canada: College of Nurses of Ontario, 2004.
- Commissie Evaluatie regelgeving. Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie. onder redactie van ZonMw. 10 delen. deel 10, Evaluatie Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen. Den Haag: ZonMw, 2002.
- Commissie Smeets. Criteria voor verantwoord handelen bij vrijheidsbeperkende interventies. Den Haag: Inspectie voor de Gezondheidszorg, 2000.
- Contactgroep Zorgvragers Zuid-Holland. Eindverslag project "vertrouwenspersoon". Leiderdorp: Contactgroep Zorgvragers Zuid-Holland, 2001.
- Cools, H.J.M., en J.D. Mulder. De lappendeken van ouderenzorg: geriatriesch netwerk en voorzieningen voor de oudere patiënt. In: Inleiding gerontologie en geriatrie, F. Eulderink, T.J. Heeren, D.L. Knook en G.J. Ligthart (red.), 165-182, 1999.
- Cuijpers, P., en H. Nies. Ondersteuning van familieleden van dementerende ouderen: de effecten. Tijdschrift voor psychiatrie 37, nr. 10 (1995): 790-799.
- CVZ. AWBZ functiegerichte aanspraken in operationele termen. Een eerste handreiking. versie 1.0. 20. Den Haag: College voor zorgverzekeringen, 2003.
- Dane, A., H. Lindert, van, en R.D. Friele. Klachtopvang in de Nederlandse gezondheidszorg. Utrecht: Nederlands instituut voor onderzoek van de gezondheidszorg (Nivel), 2000.
- Dekker-Van Bijsterveld, S., den. Grondrechtelijke belangen in wetgeving. In: Recht doen door wetgeving, H.A.M. Backx (red.), 203-212. Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink, 1990.
- Dharmaperwira-Prins, R.I.L., M.W. Hengeveld, en R.A.C. Roos. Gerontopsychiatrische stoornissen. In: Inleiding gerontologie en geriatrie, F. Eulderink, T.J. Heeren, D.L. Knook en G.J. Ligthart (red.), 165-182, 1999.
- Dielis-Van Houts, A.M., B.H.G.M. Lendemeijer, en J.P. Hamers. Op zoek naar een balans tussen veiligheid, vrijheid en vrijheidsbeperking. Een literatuuronderzoek naar het ge-

bruik van vrijheidsbeperkende interventies in de zorg voor ouderen in ziekenhuizen en verpleeghuizen., 2002.

Dijkers, W.J.A.M. Art. 60. Aantekeningen. In: Handboek Opneming en Verblijf, P.J.H. Laurs, W.J.A.M. Dijkers en T.P.J.C. Widdershoven (red.). Deventer: Gouda Quint, 1999.

Dijkers, W.J.A.M. De voorwaardelijke machtiging. Artikelsgewijs commentaar bij de artikelen 14a tot en met 14g Wet bopz. Den Haag: Koninklijke Vermande, 2004.

Dijkers, W.J.A.M. Doen en laten in de bopz-machtigingsprocedure. Een onderzoek naar juridische posities, Reeks gezondheidsrecht. Den Haag: Koninklijke Vermande/Sdu Uitgevers, 2003.

Dijkers, W.J.A.M., en T.P.J.C. Widdershoven. De Wet bopz in kort bestek. In: Teksten Wet bopz. Editie 2004, W.J.A.M. Dijkers en T.P. Widdershoven (red.), 11-30. Den Haag: Sdu Uitgevers, 2004.

Dijkman, J. Fixeren bij onrust? Dilemma's en mogelijkheden in de praktijk. *Clïënt & raad* 4, nr. 6 (2003): 28-32.

Dijkstra, G.J., J.W. Groothoff, en D. Post. De indicatie voor een verzorgingshuis of verpleeghuis. De weging van psychische klachten en lichamelijke beperkingen. *Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatrie* 30, nr. 3 (1999): 114-120.

Dijkstra, G.S.A. Wetgeving en omvang van het gebruik van rechtsbescherming., 1992.

Dillman, R., en J. Legemaate. Ethiek, recht en dementie. *Maandblad Geestelijke Volksgezondheid?*, nr. 7/8 (1992): 827-846.

Donker, M. Evaluatieonderzoek: unst of kunde? In: *Rekenschap: evaluatie-onderzoek in Nederland, de stand van zaken*, M. Donker en J. Derks (red.), 287-300. Utrecht: NcGv-reeks, 1993.

Dute, J.C.J. Consistentie van wetgeving in de gezondheidszorg: de balans. In: *Consistentie van wetgeving in de gezondheidszorg*, J.C.J. Dute en F.C.B. Wijmen, van (red.). Antwerpen - Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen, 1998.

Dute, J.C.J. De schorsingsbevoegdheid van klachtencommissies in de geestelijke gezondheidszorg. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 28, nr. 4 (2004): 261-268.

Dute, J.C.J., R.D. Friele, J.K.M. Gevers, et al. De evaluatie van de Wgbo. Den Haag: ZorgOnderzoek Nederland, 2000.

Dute, J.C.J., en F.C.B.v. Wijmen, (red.). Consistentie van wetgeving in de gezondheidszorg. J.K.M. Gevers, H. Nys, F.C.B. Wijmen, van en F. Vermylen (red.), *Recht en geneeskunde*. Antwerpen - Groningen: Intersentia rechtswetenschappen, 1998.

Eijlander, P. Wetgeving en zelfregulering. In: *Recht doen door wetgeving*, H.A.M. Backx (red.), 31-44. Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink, 1990.

Elders, J. De functie van algemene rechtsbeginselen. *Rechtsfilosofie en rechtstheorie*, nr. 2 (1987): 87-91.

Fabbriotti, I. Ouderenzorg ontketent de toekomst. Een inventarisatie van huidige en toekomstige samenwerking en producten in de ouderenzorg. Rotterdam: iBMG - Erasmus Universiteit Rotterdam, 1999.

Fabbriotti, I.N., en R. Huijsman. Scheiden van wonen en zorg: een zorg meer of minder? De consequenties voor het zorggebruik van ouderen. *Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatrie* 31, nr. 6 (2000): 252-257.

Fahrenfort, M. Variatie kenmerkend voor kleinschalig wonen. *Roeien met de riemen die je hebt*. *Denkbeeld* 15, nr. 5 (2003): 12-16.

- Flierman-de Groot, C.G.M. Toepassing van de Wgbo in een psychogeriatrisch verpleeghuis. Een bericht uit de praktijk. *Maandblad Geestelijke Volksgezondheid* 53, nr. 10 (1998): 944-957.
- Franken, H. Rechtsgeleerdheid in de rij der wetenschappen. *Nederlands Juristenblad* 79, nr. 28 (2004): 1400-1408.
- Frederiks, B.J.M. De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap. Van beperking naar ontplooiing. Reeks gezondheidsrecht. Den Haag: Sdu-uitgevers, 2004.
- Frederiksson, M. Anna, Hanna en Johanna. Breda: Uitgeverij de Geus, 1994.
- Friele, R.D., C. Ruiter, de, F.C.B. Wijmen, van, en J. Legemaate. Evaluatie Wet Klacht-recht Cliënten Zorgsector. Den Haag: ZorgOnderzoek Nederland, 1999.
- Frijlink, A. Rechtspositie van verstandelijk gehandicapten in instellingen voor gehandicaptenzorg. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 20, nr. 3 (1996): 122-130.
- Frijlink, A., en T.A.M. Braake, te. Opneming in een zwakzinnigen-of verpleeginrichting. bopz-novelle. *Nederlands Juristenblad* 65, nr. 20 (1990): 955-961.
- Frissen, P.H.A. Besturingsconcepties, recht en wetgeving. In: *Recht doen door wetgeving*, H.A.M. Backx (red.), 13-30. Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink, 1990.
- Geest, G., de. Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap. *Nederlands Juristenblad* 79, nr. 2 (2004): 58-68.
- Gerontological Nursing Interventions Research Centre. the Restraints Research-Based Protocol. Iowa City: Gerontological Nursing Interventions Research Centre, Research Dissemination Core, University of Iowa, 1997.
- Gevers, J.K.M. Consistentie van wetgeving inzake de individuele hulpverleningsrelatie. In: *Consistentie van wetgeving in de gezondheidszorg*, J.C.J. Dute en F.C.B. Wijmen, van (red.), 25-39. Antwerpen - Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen, 1998.
- Gevers, J.K.M. De Wgbo in a-typische situaties. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 20, nr. 1 (1996): 8-15.
- Gevers, J.K.M. Evaluatie van gezondheidswetgeving. Artikel 71 van de Wet BOPZ uitgevoerd. *Maandblad Geestelijke Volksgezondheid*, 52, nr. 4 (1997): 323-335.
- Gevers, J.K.M. Externe indicatiestelling: kanttekeningen bij het zorgindicatiebesluit. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 22, nr. 6 (1998).
- Gevers, J.K.M. Plichten en rechten van hulpverleners. In: *Handboek gezondheidsethiek*, I.D. Beaufort, de en H.M. Dupuis (red.), 231-239. Assen: Van Gorcum, 1988.
- Gevers, J.K.M. Zelfbinding in de psychiatrie: kanttekeningen bij een conceptwetsvoorstel. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 25, nr. 8 (2001): 517-526.
- Gevers, J.K.M., H. Jong, de, en J. Matser. De opvang van klachten van patiënten in de gezondheidszorg I. *Tijdschrift voor sociale geneeskunde* (1978): 309-318.
- Gevers, J.K.M., en T.P.J.C. Widdershoven. De rechtspositie van de patiënt, inventarisatie van regelgeving, aanbevelingen voor onderzoek., 53. Universiteit van Amsterdam: Instituut voor Sociale Geneeskunde, 1987.
- Gezondheidsraad. Dementie. Den Haag: Gezondheidsraad, 2002.
- Ginneken, P.P.J.N., van. Een zodanig gevaar. Het gevaarscriterium bij gedwongen op-neming in een psychiatrisch ziekenhuis. deel 1993-21, NcGv-reeks. Utrecht: Trimbos-instituut, 1993.
- Ginneken, P.P.J.N., van. Externe rechtspositie in de psychogeriatric en verstandelijk ge-handicaptensector. 10 delen. deel 2, Evaluatie Wet bijzondere opnemingen in psychiatri-sche ziekenhuizen. Den Haag: ZonMw, 2002.

- Ginneken, P.P.J.N., van. Over art. 60 Wet bopz. De opnemings in psychogeriatrische verpleeghuizen en instellingen voor verstandelijk gehandicapten. *Maandblad Geestelijke Volksgezondheid* 57, nr. 6 (2002): 567-579.
- Goldschmidt, J.E. Een model voor de afweging van botsende grondrechten: een moedige doch mislukte poging. *NJCM-bulletin* (1984): 348-351.
- Golüke-Willems, G.A.M., P.J.E. Klijnsma, S. Tuinier, en Y.W.M.M. Berg, van den. De afdeling geriatrie in een psychiatrisch en een algemeen ziekenhuis: een vergelijking van de problematiek van opgenomen patiënten. *Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatrie* 32, nr. 5 (2001): 194-198.
- Hamer, T. Gedragsanalyse voor verandering van probleemgedrag. *Alzheimer Magazine* 4, nr. 3 (2000): 9-12.
- Hamers, J.P., W. Strik, D.C.A. Smulders, et al. Het fixeren van bewoners in het verpleeghuis. *Verpleegkunde* 16, nr. 4 (2001).
- Hamers, J.P., en F.C.B. Wijmen, van. Vrijheidsbeperking in de zorg: een verpleegkundige beslissing. *TvZ* 113, nr. 3 (2003): 30-32.
- Heesterbeek, S., en J.A. Schueller. De mythe van zelfstandigheid. Over zorg voor wonen en wonen met zorg voor ouderen. *Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatrie* 31, nr. 6 (2000): 258-261.
- Heijden, P.F., van der. Recht als wetenschap (rubriek 'vooraf'). *Nederlands Juristenblad* 79, nr. 28 (2004): 1399.
- Hendriks. Evaluatie van gezondheidswetgeving - enkele impressies. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 24, nr. 2 (2000): 87-100.
- Hondius, E.H. Consistentie van wetgeving in de gezondheidszorg. In: Consistentie van wetgeving in de gezondheidszorg, J.C.J. Dute en F.C.B. Wijmen, van (red.), 7-20. Antwerpen - Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen, 1998.
- Hoogerwerf, A. Oude en nieuwe vragen rond de beleidsevaluatie. In: Rekenschap: evaluatie-onderzoek in Nederland, de stand van zaken, M. Donker en J. Derks (red.), 75-92. Utrecht: NcGv-reeks, 1993.
- Houten, M.L.P., van. "Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen." Katholieke Universiteit Brabant, 1997.
- Hoven, M.A., van den, en J.J.M. Delden, van. Ethische dilemma's van vroege opsporing van dementie. Een inventarisatie van morele intuïties in de praktijk. *Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatrie* 33, nr. 1 (2002): 9-12.
- Huijvenaars, M.L.I., C.G. Borghouts, A. Lakerveld, et al. Dagverzorging en dagbehandeling in de psychogeriatric. Veranderingen in de kenmerken van gebruikers in de loop van een jaar. *Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatrie* 32, nr. 6 (2001): 265-270.
- Ignatieff, M. Reis naar het ongerijmde (Scar tissue). Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Contact, 1993.
- Inspectie voor de Gezondheidszorg. Bopzis-3 info 2002/4. 30. Den Haag: IGZ, 2003.
- Inspectie voor de Gezondheidszorg. Bopzis-3 info 2003/4. 28. Den Haag: IGZ, 2004.
- Inspectie voor de Gezondheidszorg. Jaarrapport 2002. 212. Den Haag: IGZ, 2003.
- Inspectie voor de Gezondheidszorg. Jaarrapportage 1999. 112. Den Haag: IGZ, 2000.
- Inspectie voor de Gezondheidszorg. Melden in het kader van de Wet bopz aan de Inspectie voor de Gezondheidszorg. Bulletin. Den Haag: IGZ, 2002.
- Inspectie voor de Gezondheidszorg. Veiligheidsrisico's bij het gebruik van bedden, beddekken en fixatiematerialen in verpleeghuizen. 34. Den Haag: IGZ, 2000.

- Inspectie voor de Gezondheidszorg. Verpleeghuizen garanderen minimale zorg niet. 40. Den Haag: IGZ, 2004.
- Ippel, P.C. Hoe gewoon is het gezondheidsrecht? Een reactie op B. Sluyters, "Geknipt verband". Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 10, nr. 4 (1986): 218-220.
- Jansen, I. Boek 1 BW, titel 20, aantekeningen. In: Personen- en familierecht, S.F.M. Wortmann (red.). Deventer: Kluwer, 1995.
- Jansen, I. Recensie C. Blankman. Curatele voor personen met een geestelijke stoornis en bescherming op maat. Nederlands Juristenblad 69, nr. 33 (1994): 1144-1146.
- Jansen, I. Vermoeden van wilsonbekwaamheid? Nederlands Juristenblad 71, nr. 9 (1996): 319-321.
- Kastelein, W.R. Van klagen naar klachtrecht. Het klachtrecht van de patiënt in de gezondheidszorg. 2^e druk. Arnhem: Gouda Quint BV, 1994.
- Keijzer, J., de. Psychogeriatrische opname volgens de bopz. Maandblad Geestelijke Volksgezondheid 49, nr. 6/7 (1994): 698-707.
- Keizer, M.P., R.F. Kouwenberg, E. Leuw, en N.M. Mertens. Wet bopz onvrijwillige opnameprocedures. Onderzoek naar de externe rechtspositie onder de Wet bopz en de gevolgen voor de werklust van het justitiële veld. 11 delen. deel 3, Evaluatie Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen. Rijswijk: Ministerie VWS, 1996.
- Keurentjes, R.B.M. De voorwaardelijke machtiging en de observatiemachtiging in de Wet bopz: een bijzonder staaltje wetgeving. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 26, nr. 8 (2002): 527-535.
- Keurentjes, R.B.M. De Wet bopz. De betekenis van de wet voor de beroepsbeoefenaren in de geestelijke gezondheidszorg. 5^e druk, Dossiers gezondheidsrecht. Lelystad: Koninklijke Vermande BV, 2003.
- Klerk, M.M.Y., de. Rapportage Ouderen 2001: veranderingen in de leefsituatie. Den Haag: SCP, 2001.
- Klippe, C.J., van de. De bopz: de meningsverschillen blijven (2). Reactie op het gelijknamige artikel van F.A.M. Kortmann in MGV 3-93. Maandblad Geestelijke Volksgezondheid 48, nr. 6 (1993): 519-521.
- Klippe, C.J., van de. Dwangtoepassing in de psychiatrie. deel 86-92, NcGv-reeks. Utrecht: Trimbos-instituut, 1986.
- Klippe, C.J., van de. Dwangtoepassing na onvrijwillige psychiatrische opname. Een juridische beschouwing. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1997.
- Klippe, C.J., van de. Klachtenbehandeling in de bopz: aanbevelingen en praktijk. Maandblad Geestelijke Volksgezondheid 49, nr. 6/7 (1994): 679-697.
- Klippe, C.J., van de. Wilsonbekwaamheid in de psychiatrie: zes benaderingen. Maandblad Geestelijke volksgezondheid 45, nr. 2 (1990): 123-138.
- Klippe, C.J., van de, en J. Legemaate. De wilsonbekwame patiënt: contouren van een rechtspositie. Rechtshulp, nr. 14 (1990).
- Kocken, P.L., en I. Fabbriotti. Kwaliteit van leven in levensloopbestendige woningen. Een exoratief onderzoek bij overlevenden. Tijdschrift voor gezondheidswetenschappen 78, nr. 5 (2000): 286-293.
- Koopmans, R.T.C.M., F.S. Wiersma, M. Bouwsma, en H. Engelen, van. Wat weegt zwaarder, veiligheid of vrijheid? Contactpersonen over fixatie van psychogeraitrische verpleeghuispatiënten. Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatrie 29, nr. 2 (1998): 67-73.
- Kooten, K., van. Annie. Amsterdam: De Bezige Bij, 2000.

- Korsten, A.F.A. Wetsevaluatie als onderneming. In: Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid. Resultaten van een studiedag over wetsevaluatie, J.H.T.H. Andriessen, J.M.J. Baaijens, E.M.H. Hirsch Ballin en I.T.M. Snellen (red.), 11-27. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink, 1987.
- Kortmann, F.A.M. De bopz: de meningsverschillen blijven. Maandblad Geestelijke Volksgezondheid 48, nr. 3 (1993): 235-246.
- Kreveld, J.H., van. De kwaliteit van wetgeving: rechtsstatelijke en bestuurlijke eisen. In: Recht doen door wetgeving, H.A.M. Backx (red.), 189-202. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink, 1990.
- Krijger, E. Kleinschalig wonen in andere sectoren. Leren van elkaar? Denkbeeld 15, nr. 5 (2003): 8-11.
- Krul-Stekettee, J. De bopz-novelle, mede gezien vanuit het EVRM. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 16, nr. 5 (1992): 268-277.
- Krul-Stekettee, J. Het wetsontwerp bopz: een te ruime jas. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 8, nr. 2 (1984): 67-79.
- Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO, en Verpleegkundig Wetenschappelijke Raad. Het gebruik van vrijheidsbeperkende interventies in de zorg; een richtlijn voor verpleegkundigen en verzorgenden in een multidisciplinaire omgeving. Utrecht: Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO, Verpleegkundig Wetenschappelijke Raad, 2001.
- Laurs, P.J.H. Recht voor psychiatrische patiënten. Een onderzoek naar de rechtsbescherming voor in psychiatrische ziekenhuizen opgenomen patiënten. Arnhem: Gouda Quint BV, 1988.
- Laurs, P.J.H., en S.A. Dijke, van. Bopz en RIAGG-ouderenzorg in trefwoorden. Utrecht: Medilex, 1995.
- Leenen, H.J.J. Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 8, nr. 2 (1984): 53-66.
- Leenen, H.J.J. Incompetente meerderjarigen. Vertegenwoordiging van de patiënt. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 12, nr. 4 (1988): 223-230.
- Leenen, H.J.J. Kader en reikwijdte van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst. In: De Wgbo: van tekst naar toepassing, J. Legemaate (red.), 5-13. Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum, 1998.
- Leenen, H.J.J., en J.K.M. Gevers. Gezondheidszorg en recht. 4^e druk. deel II, Handboek gezondheidsrecht. Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum, 2002.
- Leenen, H.J.J., en J.K.M. Gevers. Rechten van mensen in de gezondheidszorg. 4^e druk. deel I, Handboek gezondheidsrecht. Alphen aan den Rijn: Bohn Stafleu Van Loghum, 2000.
- Legemaate, J. Artikel 5. In: Het EVRM en de gezondheidszorg, J.K.M. Gevers (red.), 57-74. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1994.
- Legemaate, J. Criteria voor wilsonbekwame patiënten. NJB 67, nr. 6 (1992): 190-193.
- Legemaate, J. De onvrijwillige opname. Enige juridische aspecten. Medisch Contact 44 (1989): 837-840.
- Legemaate, J. De rechtspositie van vrijwillig opgenomen psychiatrische patiënten. Arnhem: Gouda Quint BV, 1991.
- Legemaate, J. De rechtspositie van wilsonbekwame patiënten: stand van zaken. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 18, nr. 6 (1994): 327-340.

- Legemaate, J. De relatie tussen de Wgbo en aanverwante wetgeving. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 20, nr. 1 (1996): 16-26.
- Legemaate, J. De zaak H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk: Het Europees Hof over vrijheidsbeneming. *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 29, nr. [nog te verschijnen] (2005).
- Legemaate, J. Een verwarrende dubbelrol. Klachtencommissie dreigt verlengde arm van de Inspectie te worden. *Medisch Contact* 58, nr. 19 (2003).
- Legemaate, J. Evaluatie van wetgeving in de gezondheidszorg. *Tijdschrift voor Sociaal Recht* 12, nr. 9 (1997): 251-255.
- Legemaate, J. Het klachtrecht van de Wet bopz: nieuwe ontwikkelingen. *Maandblad Geestelijke Volksgezondheid* 55, nr. 2 (2000): 115-121.
- Legemaate, J. Het toezicht van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) op de kwaliteit van zorg. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 25, nr. 6 (2001): 354-367.
- Legemaate, J., L.A.P. Arends, en A. Riet, van 't. Het klachtrecht en het toezicht door de Inspectie voor de Gezondheidszorg, onder redactie van ZonMw. 10 delen. deel 5, Evaluatie Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen. Den Haag: ZonMw, 2002.
- Legemaate, J., R. Teijssen, P.M. Klaver, de, en L.A.P. Arends. Het klachtrecht van de Wet BOPZ: resultaten van het evaluatie-onderzoek. *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 21, nr. 5 (1997): 262-272.
- Leidraad Onderzoek door de Inspectie voor de Gezondheidszorg naar aanleiding van meldingen. 236.
- Leijten, J.C.M. Beginsel en tegenbeginsel in het recht. *Ars Aequi* 40, nr. 10 (1991): 723-729.
- Lendemeijer, B.H.G.M. Vrijheidsbeperking in de zorg. *TvZ* 112, nr. 1 (2002): 56-61.
- Loenen, T. Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid. Over verfijning van regelgeving, vage of opennormen, en concrete toetsing aan grondrechten. *Themis* 14, nr. 4 (1996): 123-126.
- Lucieer, J. De Wet bopz. Klachtrecht, klachtenregeling en klachtenbehandeling. *Medisch Contact* 49, nr. 50 (1994): 1600-1602.
- Maassen, P.A.M., en F.A. Vught, van. De Delphi-methode: voorspeltechniek en beleidsontwikkelingsinstrument. *Beleidsanalyse*, nr. 3 (1984).
- Male, R.M., van. Geen wetgeving zonder motivering. In: *Recht doen door wetgeving*, H.A.M. Backx (red.), 279-292. Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink, 1990.
- McCubbin, M., en D.N. Weisstub. Toward a pure best interests model of proxy decision making for incompetent psychiatric patients. *International Journal of Law and Psychiatry* 21, nr. 1 (1998): 1-30.
- Meuwissen, D.H.M. Rechtsbeginselen en natuurrecht. *Ars Aequi* 40, nr. 10 (1991): 14-27.
- Ministerie Volksgezondheid Welzijn en Sport. Modernisering AWBZ. Klanten kiezen. Den Haag, 2003.
- Ministerie Volksgezondheid Welzijn en Sport, en Ministerie Justitie. Handreiking voor de beoordeling van wilsonbekwaamheid. Den Haag, 1995.
- Monticone, G. Using restraints in long-term care facilities: does the charter of rights mean that long-term care facilities must change their practices? *ACE/Advocacy for the Elderly Newsletter* 3, nr. 1 (2000): 1-4.
- Most, J.M., van der. Indicatieadvisering in de AWBZ. Wettelijk geregelde duisternis. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 23, nr. 1 (1999): 2-16.

- Nouws, H. Wat is kleinschalig wonen voor dementerenden? Op zoek naar een definitie. *Denkbeeld* 15, nr. 5 (2003): 4-7.
- NRV. Advies geneeskundige behandelingsovereenkomst. Zoetermeer: Nationale Raad voor de Volksgezondheid, 1987.
- NRV. Advies klachtenopvang en democratisering. Zoetermeer: Nationale Raad voor de Volksgezondheid, 1991.
- NRV. Advies klachtenopvang in de gezondheidszorg. Zoetermeer: Nationale Raad voor de Volksgezondheid, 1989.
- NRV. Advies mentorschap. Zoetermeer: Nationale Raad voor de Volksgezondheid, 1988.
- Offerhaus, R.E. Wetsontwerp bopz. Samenvatting en commentaar. *Medisch Contact* 35, nr. 16 (1980): 494-498.
- Oosting, M. De veelzijdigheid van wetsevaluatie. In: *Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid. Resultaten van een studiedag over wetsevaluatie*, J.H.T.H. Andriessen, J.M.J. Baaijens, E.M.H. Hirsch Ballin en I.T.M. Snellen (red.), 11-27. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink, 1987.
- Peppin, P. Legal and ethical dimensions of dual diagnosis. In: *Dual diagnosis. An introduction to the mental health needs of persons with developmental disabilities*, D.M. Griffiths, C. Stavrakaki en J. Summers (red.), 561-589. Sudbury, Ontario Canada: Habilitative Mental Health Resource Network, 2002.
- Plokker, H. Een verwarrende dubbelrol. *Medisch Contact* 58, nr. 32/33 (2003).
- Polak, J.M. Aanwijzingen voor zelfregulering? In: *Bestuur en norm. Bundel opstellen opgedragen aan R. Crinice Le Roy*, 1986.
- Pot, A.M., en D. Verburg. Begeleiding van familie bij gedragsproblemen. *Alzheimer Magazine* 4, nr. 3 (2000): 5-7.
- Prismant. Brancherapport Care 1998-2001. Verpleging, verzorging en ouderen. Den Haag: VWS, 2002.
- Puts, P., en M.H.J.M. Knapen. Wet bopz indicatiestelling. 11 delen. deel 5, Evaluatie Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen. Rijswijk: Ministerie VWS, 1996.
- Raad voor de Volksgezondheid & Zorg. Beter (z)onder dwang? , 1-122. Zoetermeer: RVZ, 1997.
- Rommeling, J. Aantekening 1a iij art. 282 Sr. In: *Het wetboek van Strafrecht* (losbladig, T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rommeling (red.). Arnhem.
- Robben, P., en A. Schepop, van de. BOPZ en psychogeriatric: regelen of ritselen. *Maandblad Geestelijke Volksgezondheid* 52, nr. 2 (1997): 166-174.
- Rood-de Boer, M. Rechtsbeginselen in het personen-, familie- en jeugdrecht. *Ars Aequi* 40, nr. 10 (1991): 802-808.
- Roode, R.P., de. De interne rechtspositie in de psychiatrie. onder redactie van R.B.M. Keurentjes en R.H. Zuijderhoudt. deel 2, *Praktijkreeks bopz*. Den Haag: Koninklijke Vermande, 2003.
- Roode, R.P., de. Hulp onder dwang. *Medisch Contact* 57, nr. 4 (2002): 214.
- Roode, R.P., de. Jurisprudentieoverzicht BOPZ. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 20, nr. 2 (1996): 92-97.
- Roscam Abbing, H. Gezondheidsrecht en ouderen, het vertegenwoordigingsvraagstuk. *Ars-Aequi* 37, nr. 10 (1988): 665-667.

- Roscam Abbing, H.D.C. De meerderjarige geestelijk onbekwame patiënt. Wie beslist? Medisch Contact 43, nr. 31/32 (1988): 911-914.
- Roscam Abbing, H.D.C. Overheid en het recht op gezondheidszorg; een tussentijdse balans. Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht. Utrecht, 1984.
- Roscam Abbing, H.D.C. Reactie op artikel Van Veen: Plaats voor een onbenoemde wettelijke vertegenwoordiger van onbekwame patiënten. met naschrift van E.B. van Veen en I. Jansen. Tijdschrift voor Familie en Jeugdrecht 15, nr. 5 (1993): 107-109.
- Sanders, F.B.M. Het wetsvoorstel Klachtrecht cliënten zorgsector. De visie van een medisch beroepsbeoefenaar. Medisch Contact 49, nr. 23 (1994): 771-772.
- Sanders, L.H.J.M.M. Scheiden doet lijden? De toekomst van verzorgingshuizen. VDB Magazine 2, nr. 11-13 (1998).
- Scheltens, D.F. Rechtsbeginselen en mensenrechten. Ars Aequi 40, nr. 10 (1991): 797-801.
- Singelenberg, J.P.J. Eindrapport nationale survey woonzorgcomplexen. Rotterdam: SEV, 1999.
- Singelenberg, J.P.J. Woonzorgcomplexen. Beschut zelfstandig wonen met zorg op maat. 27. Utrecht: Kenniscentrum wonen-zorg (Aedes en Arcares), 2003.
- Sluyters, B. Geknipt verband. Deventer: Kluwer, 1985.
- Snellen, I.T.M. Wetsevaluatie, tussen recht, beleid en politiek. In: Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid. Resultaten van een studiedag over wetsevaluatie, J.H.T.H. Andriessen, J.M.J. Baaijens, E.M.H. Hirsch Ballin en I.T.M. Snellen (red.), 49-62. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1987.
- Soeteman, A. De waardigheid van de patiënt. Themis 6, nr. 3 (1988): 56-72.
- Soeteman, A. Hercules aan het werk. Over de rol van rechtsbeginselen in het recht. Ars Aequi 40, nr. 10 (1991): 744-756.
- Son, L., van, W. Mulder, G. Beusmans, en F. J. Nieuwe zorgstructuren in de geriatrie: een rol voor de verpleegkundig specialist geriatrie in de thuisconsultatie. Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatrie 33, nr. 1 (2002): 5-8.
- Sorber, A. Enkele belangrijke ontwikkelingen rond beleidsevaluatie bij de rijksoverheid. In: Rekenschap: evaluatie-onderzoek in Nederland, de stand van zaken, M. Donker en J. Derks (red.), 55-74. Utrecht: NcGv-reeks, 1993.
- Statistisch Jaarboek. Voorburg/Heerlen: Centraal Bureau voor de Statistiek, 2002.
- Stichting PVP. Gedragsregels patiëntenvertrouwenspersoon. Utrecht: Stichting Patiëntenvertrouwenspersoon Geestelijke Gezondheidszorg, 1999.
- Stikker, T.S. De samenhang tussen de Wgbo en de Wet bopz. onder redactie van R.B.M. Keurentjes en R.H. Zuiderhoudt. deel 6, Praktijkreeks bopz. Den Haag: Koninklijke Vermande, 2003.
- Stoelinga, B., en M. Talma. Wat betekent kleinschalige zorg voor de medewerkers? Van zuster naar begeleider. Denkbeeld 15, nr. 5 (2003): 18-22.
- Stolker, C.J.J.M. 'Ja, Geléerd zijn jullie wel!' Over de status van de rechtswetenschap. Nederlands Juristenblad 78, nr. 15 (2003): 766-778.
- Stolker, C.J.J.M. Wat maakt een juridisch tijdschrift wetenschappelijk? Nederlands Juristenblad 79, nr. 28 (2004): 1409-1418.
- Teijssen, H.A.R.M.T., P.M. Klaver, de, L.A.P. Arends, en J. Legemaate. Wet bopz Klachtrekking. De implementatie en de effecten van het klachtrecht uit de wet BOPZ. 11 delen. deel 9, Evaluatie Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen. Rijswijk: Ministerie VWS, 1996.

- Trimbos-instituut. Nationale monitor geestelijke gezondheid - jaarbericht 2002. Hoofdstuk 3. Dementie. 59-82. Utrecht: Trimbos-instituut, 2002.
- Veen, E., van. Wettelijke vertegenwoordiger van onbekwame patiënten. FJR 15, nr. 1 (1993): 6-10.
- Veen, E.B., van. De meerderjarige wilsonbekwame patiënt. In: De Wgbo: van tekst naar toepassing, J. Legemaate (red.), 42-57. Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum, 1998.
- Veen, E.B., van. De Wgbo, de betekenis voor de hulpverleners in de gezondheidszorg, Dossiers gezondheidsrecht. Lelystad: Koninklijke Vermande B.V., 2002.
- Veen, E.B., van. Mensenrechten en meerderjarige onbekwamen. Ars Aequi 40, nr. 6 (1991): 484-492.
- Vellinga, A., J.H. Smit, E. Leeuwen, van, et al. De beoordeling van wilsbekwaamheid bij ouderen met en zonder cognitieve stoornissen: de vignetmethode nader bekeken. Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatrie 33, nr. 5 (2002): 207-211.
- Verduyn, C.J. De verklaring van de bopz. Nederlands Juristenblad 70, nr. 3 (1995): 88-94.
- Verkerk, M. A care perspective on coercion and autonomy. Bioethics 13, nr. 3/4 (1999): 358-368.
- Vlies, I.C., van der. Handboek wetgeving. Den Haag, 1987.
- Voskuil, J.J. De moeder van Nicolien. Amsterdam: Uitgeverij G.A. van Oorschot, 1999.
- Vroon, B., de. Zelfregulering. In: De terugtred van regelgevers. Meer regels, minder sturing?, W. Derksen, T.G. Drupsteen en W.J. Witteveen (red.). Zwolle, 1989.
- Waaldijk, C., en R.A.P. Tielman. Een model voor de afweging van botsende grondrechten. NJCM-bulletin (1984): 208-228.
- Wedden, D.D.A., van der, en Commissie besluitvorming bij dementerende patiënten. Medische zorg met beleid: handreiking voor de besluitvorming over verpleeghuisgeneeskundig handelen bij dementerende patiënten. Utrecht: NVVA, 1997.
- Westenberg, F. Klachtrecht in de bopz. Rechtshulp 19, nr. 4 (1995): 3-8.
- Wester, F. Strategieën voor kwalitatief onderzoek. Bussum: Coutinho, 1995.
- Wettum, G.C., van. Interne rechtspositie psychogeriatric. onder redactie van Evaluatiecommissie Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen. 11 delen. deel 8, Evaluatie Wet BOPZ. Rijswijk: Ministerie VWS, 1996.
- Widdershoven, G.A.M., en R.L.P. Berghmans. Autonomie in de hulpverlening. In: Waardenvol werk: ethiek in de geestelijke gezondheidszorg, J.M.G.A. Graste en D.M.J. Bauduin (red.), 47-59. Assen: Van Gorcum, 2000.
- Widdershoven, G.A.M., R.L.P. Berghmans, en S. Welie. Zelfbeschikking of goede zorg? Ethische kanttekeningen bij juridisering in de hulpverlening. In: Jaarboek voor psychiatrie en psychotherapie 2002-2003, A.H. Schene, e.a. (red.). Houten: Bohn Stafleu Van Loghum, 2003.
- Widdershoven, T.P.J.C. De Wet bopz en de psychiatrie. Kanttekeningen bij een regeling. In: Psychiatrie en recht. Preadvis uitgebracht ten behoeve van de Jaarvergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht op 11 april 2003. Utrecht: Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2003.
- Wijk, H.D., van, W. Konijnenbelt, en R.M. Male, van. Hoofdstukken van bestuursrecht. 12^e druk. Den Haag: Elsevier, 2002.
- Wijmen, F.C.B., van. Consistentie van kwaliteitsregulering: ook een kwestie van kwaliteit. In: Consistentie van wetgeving in de gezondheidszorg, J.C.J. Dute en F.C.B. Wijmen, van (red.), 93-117. Antwerpen - Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen, 1998.

Wijmen, F.C.B., van. De Geneeskundige behandelingsovereenkomst en de vertegenwoordiging van meerderjarige onbekwamen. Rode draad 'De positie van onbekwamen in het recht'. *Ars Aequi* 40, nr. 4 (1991): 307-315.

Wijmen, F.C.B., van. Driehoeksverhoudingen. Gezondheidsrechtelijke beschouwingen over vertegenwoordiging van meerderjarige onbekwamen. Preadvies uitgebracht ten behoeve van de jaarvergadering van de Vereniging voor gezondheidsrecht op 27 april 1990. Utrecht: Vereniging voor Gezondheidsrecht, 1990.

Wijmen, F.C.B., van. Mentorschap. Adviezen en commentaren op het voorontwerp. *FJR* 12, nr. 11 (1990): 242-246.

Wijmen, F.C.B., van. Over consistentie van wetgeving - Stroomlijning is gewenst van wettelijke regelingen betreffende hulpverleningsrelaties. *Nederlands Juristenblad* 72, nr. 18 (1997): 805-807.

Wijmen, F.C.B., van. Wetsvoorstellen kwaliteit en klachten. Verbetering sanctieregime gewenst. *Nederlands Juristenblad* 68, nr. 24 (1993): 893-894.

Wind, A.W., J. Gussekloo, M.J.F.J. Vernooij-Dassen, et al. NHG-standaard dementie. *Huisarts en wetenschap* 46, nr. 13 (2003): 754-767.

Winter, H.B. Evaluatie in het wetgevingsforum. Een onderzoek naar de relatie tussen evaluatie en kwaliteit van wetgeving. Deventer: Kluwer, 1996.

Winter, H.B. Evaluatie van het gezondheidsrecht: de wet BOPZ als casus. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 21, nr. 7 (1997): 382-393.

Zuijderhoudt, R.H. Stoomnis en de bopz. onder redactie van R.B.M. Keurentjes en R.H. Zuijderhoudt. deel 8, *Praktijkreeks bopz*. Den Haag: Sdu Uitgevers BV, 2004.

BIJLAGE WET VERANTWOORDE TOEPASSING VRIJ- HEIDSBEPERKING

Definities

Artikel 1

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- a. Arts: een persoon die bevoegd is de titel van arts te voeren.
- b. Cliënt: degene aan wie zorg wordt verleend.
- c. Echtgenoot: de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot.
- d. Gezondheidszorgpsycholoog: een persoon die bevoegd is de titel van gezondheidszorgpsycholoog te voeren.
- e. Inspectie: het Staatstoezicht op de volksgezondheid.
- f. Instelling: het organisatorisch verband dat strekt tot de verlening van zorg
- g. Onze Minister: onze Minister belast met de Volksgezondheid.
- h. Patiëntenrechtenconsulent: een persoon die in of bij een zorgaanbieder werkzaam is om, onafhankelijk van die instelling en personen in dienst van die zorgaanbieder, aan cliënten en hun vertegenwoordigers advies en bijstand te verlenen in aangelegenheden als omschreven in deze wet en daarop steunende regelgeving.
- i. Psychogeriatrische zorg: zorg die wordt verleend aan een persoon, lijdende aan een psychogeriatrische aandoening, als gevolg van die aandoening.
- j. Rechter: de enkelvoudige of meervoudige kamer van de rechtbank voor het behandelen en beslissen van burgerlijke zaken, met dien verstande dat aan de behandeling van zaken met betrekking tot minderjarige personen de kinderrechter deelneemt.
- k. Verblijf: verblijf gedurende het etmaal als bedoeld in artikel 9 van het Besluit zorgaanspraken AWBZ.
- l. Vertegenwoordiger: degene die ingevolge art. 7:465 BW bevoegd is namens of ten behoeve van de cliënt op te treden indien deze niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake.
- m. Vrijheidsbeperking: iedere ingreep die op enigerlei wijze de fysieke of geestelijke vrijheid van psychogeriatrische cliënten beperkt.
- n. Zorg: zorg als omschreven bij of krachtens de Ziekenfondswet en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten.
- o. Zorgaanbieder:
 - i. Een natuurlijke persoon of rechtspersoon, die een instelling in stand houdt en waar zorg verleend wordt aan psychogeriatrische cliënten;
 - ii. De natuurlijke personen of rechtspersonen die gezamenlijk een instelling vormen en waar zorg verleend wordt aan psychogeriatrische cliënten;
 - iii. Een natuurlijk persoon die anders dan in het kader van een dienstverband met een instelling, zorg, als omschreven in de Ziekenfondswet en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, en die zorg verleent aan psychogeriatrische cliënten.
- p. Zorgverlener: eenieder die in de uitoefening van een beroep of bedrijf zorg verleent.
- q. Zorgvoorziening: een voorziening opgericht om zorg te verlenen.

De voor toepassing van vrijheidsbeperkingen verantwoordelijke personen

Artikel 2

1. In de psychogeriatrische zorg is de beslissing tot het toepassen van een vrijheidsbeperking voorbehouden aan een arts.
2. Een arts kan een opdracht geven tot het toepassen van een vrijheidsbeperking bij een cliënt, indien:
 - a. In gevallen waarin zulks redelijkerwijs nodig is aanwijzingen worden gegeven omtrent het verrichten van de vrijheidsbeperking en toezicht door de opdrachtgever op het verrichten van de handeling en de mogelijkheid tot tussenkomst van een zodanig persoon voldoende zijn verzekerd en
 - b. Hij redelijkerwijs mag aannemen dat degene aan wie de opdracht wordt gegeven, in aanmerking genomen het onder a bepaalde, beschikt over de bekwaamheid die vereist is voor het behoorlijk verrichten van de toepassing van de vrijheidsbeperking.
3. Met inachtneming van het bepaalde in het vorige lid is de opdrachtnemer bevoegd tot het verrichten van de toepassing van de vrijheidsbeperking, indien:
 - a. Zulks geschiedt ingevolge een opdracht van een persoon die zijn bevoegdheid ontleent aan het bepaalde in lid 1, lid 2 en lid 3 en
 - b. Hij redelijkerwijs mag aannemen dat hij beschikt over de bekwaamheid die vereist is voor het behoorlijk uitvoeren van de opdracht en
 - c. Hij, voor zover de opdrachtgever aanwijzingen heeft gegeven, heeft gehandeld overeenkomstig die aanwijzingen.

Gronden voor toepassing vrijheidsbeperkingen

Artikel 3

1. Een vrijheidsbeperking vindt niet plaats, dan nadat een arts uit een oogpunt van verantwoorde zorg de noodzaak van toepassing ervan heeft vastgesteld. Daarbij wordt in ieder geval in aanmerking genomen of:
 - a. De vrijheidsbeperking doelmatig is,
 - b. De vrijheidsbeperking in verhouding staat tot het doel dat beoogd wordt, en
 - c. Er geen redelijk alternatief is met een minder ingrijpend karakter.
2. De vrijheidsbeperking vindt slechts plaats, indien:
 - a. de toepassing ervan verantwoord is. Onder verantwoord wordt mede begrepen een technisch correct uitgevoerde toepassing, die wordt uitgevoerd onder voldoende toezicht en, indien van toepassing, met gebruik van verantwoorde materialen.
 - b. aan de cliënt om toestemming is gevraagd. Indien de cliënt niet tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat is, wordt toestemming gevraagd aan diens vertegenwoordiger.
 - c. Indien geen toestemming als bedoeld onder b kan worden verkregen, vindt de vrijheidsbeperking uitsluitend plaats indien een arts die niet bij de behandeling is betrokken eveneens van oordeel is dat de voorgestelde vrijheidsbeperking niet kan worden vermeden, en nadat de patiëntenrechtenconsulent op de hoogte is gesteld.
3. Indien er sprake is van een noodsituatie, waarbij een toestemming dan wel vervangende toestemming niet kan worden afgewacht, kan de vrijheidsbeperking tijdelijk worden uitgevoerd. De toestemmingsprocedure als beschreven in lid 2 onder b wordt in dat geval uitgevoerd, zoudra dit redelijkerwijs mogelijk is. Indien de toestemming vervolgens niet tot stand komt, wordt de vrijheidsbeperking onmiddellijk gestaakt.
4. Indien blijkt dat in de praktijk onvoldoende invulling wordt gegeven aan de begrippen 'noodzaak', 'verantwoord', 'redelijke waardering van zijn belangen' of 'noodsituatie', kunnen bij

algemene maatregel van bestuur regels ter nadere invulling van deze begrippen worden gesteld.

Artikel 4

Een vrijheidsbeperking wordt niet meer toegepast, indien:

- a. de noodzaak daartoe is vervallen;
- b. de toepassing niet meer verantwoord is;
- c. de toestemming ontbreekt of is ingetrokken dan wel geen vervangende toestemming is verkregen van de geconsulteerde arts die niet bij de behandeling is betrokken.

Reikwijdte

Artikel 5

Bij algemene maatregel van bestuur kunnen, indien in verband met de veiligheid extra voorzorgsmaatregelen moeten worden getroffen, voorschriften worden gesteld ten aanzien van de plaats waar vrijheidsbeperkingen mogen worden toegepast.

Kwaliteit en transparantie

Artikel 6

Een vrijheidsbeperking wordt gedurende de periode dat deze wordt toegepast, zo dikwijls als voor een verantwoorde zorg noodzakelijk is, doch tenminste eenmaal per maand geëvalueerd. De cliënt, de vertegenwoordiger en de patiëntenrechtenconsulent worden van de evaluatie op de hoogte gesteld.

Artikel 7

1. Ten behoeve van het vastleggen van gegevens over vrijheidsbeperkingen ontwikkelt de zorgaanbieder een schriftelijke of elektronische registratie. De registratie is geschikt om:
 - a. individueel verantwoorde zorg te kunnen bieden;
 - b. een beleid vast te stellen teneinde het aantal noodzakelijke toepassingen van vrijheidsbeperkingen zoveel mogelijk terug te dringen;
 - c. jaarlijks verslag te doen, in het in artikel 5 van de Kwaliteitswet zorginstellingen bedoelde jaarverslag, van het aantal toepassingen van vrijheidsbeperkingen aan de Inspectie;
 - d. aan de inspectie gegevens met betrekking tot de toepassing van vrijheidsbeperkingen jegens een bepaalde persoon ter beschikking te stellen.
2. De registratie bevat in ieder geval de volgende gegevens:
 - a. Een omschrijving van de vrijheidsbeperking die wordt uitgevoerd
 - b. De redenen die hebben geleid tot de toepassing
 - c. De naam van de arts die voor de betreffende vrijheidsbeperking verantwoordelijk is
 - d. De naam van degene die toestemming heeft gegeven voor de vrijheidsbeperking. Indien toestemming ontbreekt wordt vastgelegd wat de redenen waren voor de weigering, alsmede de redenen om de vrijheidsbeperking desondanks voort te zetten.
 - e. Indien de cliënt ter zake niet in staat is bevonden tot een redelijke belangenafweging wordt dit vastgelegd met vermelding van de redenen die tot dit oordeel hebben geleid.
3. De in lid 1 bedoelde registratie maakt onderdeel uit van het kwaliteitssysteem, bedoeld in artikel 3 en 4 van de Kwaliteitswet zorginstellingen.
4. Teneinde de in art. 4 van de Kwaliteitswet zorginstellingen bedoelde toetsing uit te kunnen voeren, ontwikkelt de zorgaanbieder een zorgvisie met betrekking tot toepassing van vrijheidsbeperkingen. De zorgvisie wordt vermeld in het kwaliteitsjaarverslag.

Artikel 8

Indien uit de in artikel 7 bedoelde registratie of anderszins blijkt dat vrijheidsbeperkingen worden toegepast vanwege een tekort aan personen werkzaam voor of bij de zorgaanbieder, dan wel vanwege andere organisatorische tekortkomingen, wordt de Inspectie hiervan onverwijld op de hoogte gesteld.

Opneming in het kader van verblijf

Artikel 9

1. Het indicatieorgaan als bedoeld in artikel 9a van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten is belast met de beslissing of de opneming van een cliënt in een zorgvoorziening noodzakelijk is, teneinde deze aldaar te laten verblijven.
2. Indien een behandelend arts van oordeel is dat er een noodzaak tot opneming is als bedoeld in artikel 3 lid 1, dient hij daartoe een verzoek in bij het indicatieorgaan.
3. Onverminderd het bepaalde in artikel 4 lid 1 en 2 en lid 3 onder a beslist het indicatieorgaan slechts omtrent de noodzaak van opneming, indien:
 - a. onderzocht is of de betrokken cliënt in staat is om een redelijke waardering van zijn belangen te maken inzake de opneming in de betreffende zorgvoorziening.
 - b. toestemming gevraagd is aan:
 - i. betrokken cliënt, indien deze in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake;
 - ii. een vertegenwoordiger, indien betrokken cliënt niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake;
 - c. indien de onder b bedoelde toestemming ontbreekt dan wel niet is verkregen, wordt door het Regionale Indicatieorgaan aan de in artikel 12 bedoelde geschillen en adviescommissie om een uitspraak gevraagd.
4. Indien er sprake is van een noodsituatie, waarbij een toestemming dan wel vervangende toestemming niet kan worden afgewacht, kan de opneming, nadat de noodzaak daartoe is vastgesteld, tijdelijk worden uitgevoerd. De toestemmingsprocedure als beschreven in lid 2 wordt in dat geval uitgevoerd, zodra dit redelijkerwijs mogelijk is, doch uiterlijk binnen drie werkdagen.

Artikel 10

1. Het verblijf in de zorgvoorziening eindigt, indien
 - a. de noodzaak daartoe is vervallen;
 - b. het verblijf niet meer verantwoord is, in welk geval de zorgaanbieder verantwoordelijk is voor overplaatsing van de cliënt naar een zorgvoorziening waar wel verantwoorde zorg geboden kan worden;
 - c. de toestemming van een bevoegde persoon ontbreekt of is ingetrokken dan wel geen vervangende toestemming is verkregen van de geschillen en adviescommissie;
 - d. de rechter naar aanleiding van een verzoekschrift als bedoeld in artikel 15 van oordeel is dat het verblijf niet behoort te worden voortgezet;
 - e. op andere wijze de grondslag voor verblijf is komen te ontbreken.
2. Ingeval tijdens het verblijf de toestemming daartoe door een bevoegde persoon is ingetrokken kan vervangende toestemming tot voortzetting van het verblijf worden gevraagd aan de geschillen en adviescommissie, als bedoeld in artikel 9 3e lid onder c.

Artikel 11

1. Met betrekking tot de opneming in een zorgvoorziening zijn de artikelen 7 en 8 niet van toepassing.

2. Gedurende de tijd dat een cliënt opgenomen is wordt het verblijf door de zorgaanbieder, samen met het indicatieorgaan, zo dikwijls als voor een verantwoorde zorg noodzakelijk is, doch minimaal eens per jaar geëvalueerd. De cliënt, de vertegenwoordiger en de patiëntenrechtenconsulent worden op de hoogte gesteld van het feit dat de evaluatie heeft plaatsgevonden en van de uitkomst van die evaluatie. Indien de cliënt aanwezig wenst te zijn bij deze evaluatie, biedt de zorgaanbieder daartoe de mogelijkheid.
3. Ten behoeve van het vastleggen van gegevens over opnemingen ontwikkelt het indicatieorgaan een schriftelijke of elektronische registratie. De registratie is geschikt om:
 - a. individueel de juiste zorg te kunnen bieden;
 - b. een beleid vast te stellen teneinde het aantal noodzakelijke opnemingen in instellingen zoveel mogelijk terug te dringen;
 - c. jaarlijks verslag te doen ten aanzien van het aantal opnemingen aan de Inspectie;
 - d. op verzoek van de Inspectie gegevens met betrekking tot de opneming van een bepaalde persoon ter beschikking te stellen.
4. De registratie bevat in ieder geval de volgende gegevens:
 - e. Een omschrijving van de zorgvoorziening waar de opneming plaatsvindt;
 - f. De redenen die hebben geleid tot de beslissing tot opneming in de betreffende zorgvoorziening;
 - g. De naam van degene die toestemming heeft gegeven voor de opneming. Indien toestemming ontbreekt wordt vastgelegd wat de redenen waren voor de weigering, alsmede de redenen om de vrijheidsbeperking desondanks voort te zetten; en
 - h. Indien de cliënt ter zake niet in staat is bevonden tot een redelijke belangenafweging wordt dit vastgelegd met vermelding van de redenen die tot dit oordeel hebben geleid.
5. Om aan het aan lid 3 onder b bedoelde beleid gestalte te geven kan het indicatieorgaan aan zorgaanbieders adviezen uitbrengen.

Rechtsbescherming

Artikel 12

1. De zorgaanbieder draagt ervoor zorg dat een cliënt wordt bijgestaan door een patiëntenrechtenconsulent.
2. Een patiëntenrechtenconsulent treedt op als vertegenwoordiger van een cliënt indien op basis van deze wet beslissingen genomen moeten worden, en de cliënt zelf niet tot een redelijke belangenafweging in staat is, terwijl deze geen vertegenwoordiger heeft.
3. Indien de patiëntenrechtenconsulent als vertegenwoordiger van een cliënt is opgetreden, dient hij onverwijld een verzoek in tot het instellen van een mentorschap als bedoeld in artikel 1:451 van het Burgerlijk Wetboek. In aanvulling op deze bepaling is hij daartoe bevoegd.
4. Bij Algemene maatregel van bestuur worden regels gegeven met betrekking tot de taken en bevoegdheden van de patiëntenrechtenconsulent.
5. Een algemene maatregel van bestuur op grond van het tweede lid wordt vastgesteld op de voordracht van Onze Minister in overeenstemming met Onze Minister van Justitie.

Artikel 13

1. Iedere provincie heeft een geschillen en adviescommissie die bevoegd is om te beslissen op een voorgelegd advies of geschil.
2. De commissie bestaat uit vijf leden. Bij de behandeling is in ieder geval een voorzitter die tevens jurist is, alsmede een verpleeghuisarts, en een persoon met een verpleegkundige achtergrond. De samenstelling van de commissie is zodanig dat een deskundige en zorgvuldige beslissing op het voorgelegde geschil of advies is gewaarborgd.
3. De leden zijn volstrekt onafhankelijk van de zorgaanbieders die onder de competentie van de commissie vallen.

Bijlage – Wet verantwoorde toepassing vrijheidsbeperking

4. Ten aanzien van het vragen van advies of het voorleggen van een geschil aan de in lid 1 bedoelde commissie, zijn bevoegd:
 - a. cliënten,
 - b. vertegenwoordigers,
 - c. de echtgenoot of partner van de cliënt,
 - d. elke bloedverwant in de rechte lijn en in de zijlijn tot en met de tweede graad,
 - e. een zorgverlener, of
 - f. een patiëntenrechtenconsulent
5. Het verzoek om advies of om een uitspraak over een geschil kan betrekking hebben op:
 - a. De beslissing om een cliënt niet in staat te achten tot een redelijke belangenafweging ter zake;
 - b. Het al dan niet toepassen van een vrijheidsbeperking
 - c. De vraag of de zorgverlener overeenkomstig art. 7:453 BW handelt als goed hulpverlener, dan wel vragen met betrekking tot hulpverlening bij vrijheidsbeperkingen in het algemeen;
 - d. De vraag of de vertegenwoordiger overeenkomstig art. 7:465 lid 4 handelt als goed vertegenwoordiger dan wel vragen met betrekking tot vertegenwoordiging in het algemeen.
6. De patiëntenrechtenconsulent is bevoegd om aan de in lid 1 bedoelde commissie een geschil voor te leggen of een advies te vragen inzake:
 - a. De in lid 3 bedoelde gevallen, indien de cliënt geen vertegenwoordiger meer heeft en niet in staat is om zelf een geschil voor te leggen of advies te vragen;
 - b. De zorgaanbieder in de ogen van de patiëntenrechtenconsulent te weinig onderneemt om de kwaliteit van zorg met betrekking tot het toepassen van vrijheidsbeperkingen te verbeteren.
7. De cliënt of diens vertegenwoordiger kunnen zich bij het voorleggen van een advies of geschil laten bijstaan door de patiëntenrechtenconsulent.
8. De commissie kan de beslissing waarover advies wordt gevraagd of waartegen het geschil is gericht, schorsen.
9. De commissie geeft binnen twee weken na ontvangst van het verzoek om een advies of om een uitspraak over een geschil of, indien het betreft een verzoek om een uitspraak tegen een beslissing die ten tijde van de indiening geen gevolg meer heeft of waaraan in de tijd dat het verzoek bij de commissie aanhangig is het gevolg is komen te vervallen, binnen vier weken na ontvangst van het verzoek, zijn met redenen omklede beslissing op het verzoek of van het niet in behandeling nemen daarvan.
10. Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gegeven met betrekking tot de samenstelling van de commissies en de wijze waarop een verzoek om een uitspraak inzake een geschil of om een advies wordt behandeld.
11. Ten aanzien van een verzoek als bedoeld in het eerste lid zijn de hoofdstukken 6 en 7 van de Algemene Wet bestuursrecht niet van toepassing.

Artikel 14

1. De beslissing van een commissie op een geschil strekt tot
 - a. onbevoegdverklaring van de commissie,
 - b. niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek om een uitspraak op het geschil,
 - c. ongegrondverklaring van het verzoek om een uitspraak op het geschil, of
 - d. gegrondverklaring van het verzoek om een uitspraak op het geschil.
2. Indien de commissie het verzoek om een uitspraak op het geschil gegrond verklaart, vernietigt zij de bestreden beslissing geheel of gedeeltelijk. Gehele of gedeeltelijke vernietiging brengt vernietiging van de rechtsgevolgen van de beslissing of het vernietigde gedeelte van de beslissing mee.

3. Indien de commissie het verzoek om een uitspraak op het geschil gegrond verklaart, kan zij de voor de behandeling verantwoordelijke persoon opdragen een nieuwe beslissing te nemen of een andere handeling te verrichten met inachtneming van haar beslissing.
4. De commissie kan de voor de behandeling verantwoordelijke persoon een termijn stellen voor het nemen van een nieuwe beslissing of het verrichten van een andere handeling.
5. De uitspraak wordt toegezonden aan de verzoeker, de betrokken cliënt, de behandelende persoon, de zorgaanbieder en de inspecteur.
6. De uitspraak wordt geanonimiseerd ter beschikking gesteld voor publicatie.

Artikel 15

1. Indien de verzoeker of diens wederpartij zich niet kan verenigen met de beslissing van de commissie inzake een geschil, of indien de commissie niet tijdig een beslissing inzake een geschil heeft genomen, kan hij een verzoekschrift bij de rechter indienen ter verkrijging van diens beslissing over het geschil.
2. Alvorens op het verzoek ten aanzien van een geschil te beschikken, hoort de rechter degene ten aanzien van wiens zorg het geschil betrekking heeft, tenzij de rechter vaststelt dat de betrokkene niet bereid is zich te doen horen. Indien de betrokkene in Nederland verblijft, maar buiten staat is zich naar de rechtbank te begeven, zal de rechter, door de griffier vergezeld, hem te zijner verblijfplaats horen. Indien de betrokkene reeds in zorgvoorziening verblijft, wordt de rechter, vergezeld van de griffier, door de zorgaanbieder in de gelegenheid gesteld hem aldaar te horen. Indien de betrokkene niet in Nederland verblijft, wordt de verdere behandeling van het verzoek tot beslissing over het geschil aangehouden totdat hij in Nederland kan worden gehoord.
3. De betrokkene die minderjarig is, onder curatele is gesteld dan wel ten behoeve van wie een mentorschap is ingesteld, is bekwaaam in deze procedure in rechte op te treden.
4. Indien niet blijkt dat de verzoeker reeds een raadsman heeft, kan uitsluitend de rechter aan het bureau rechtsbijstandvoorziening last geven tot toevoeging van een raadsman.
5. De rechter doet zich, zo mogelijk, voorlichten door:
 - a. degene die het verzoek, bedoeld in lid 1, heeft ingediend;
 - b. de echtgenoot;
 - c. degene door wie de betrokkene wordt verzorgd;
 - d. de ouders van de betrokkene die het gezag uitoefenen;
 - e. de voogd, de curator of de mentor van de betrokkene;
 - f. de zorgaanbieder of arts die de betrokkene behandelt of begeleidt;
 - g. de patiëntenrechtenconsulent
 - h. de voorzitter van het indicatieorgaan dat een beschikking tot opnemings en verblijf heeft afgegeven.
6. De rechter kan zich doen voorlichten door een of meer van de in art. 7:465 BW bedoelde bloedverwanten die het verzoek niet hebben ingediend.
7. De rechter kan onderzoek door deskundigen bevelen en is bevoegd deze deskundigen alsmede getuigen op te roepen. De rechter roept de door de betrokkene opgegeven deskundigen en getuigen op, tenzij hij van oordeel is dat door het achterwege blijven daarvan de betrokkene redelijkerwijs niet in zijn belangen kan zijn geschaad. Indien hij een opgegeven deskundige of getuige niet heeft opgeroepen, vermeldt hij de reden daarvan in de beschikking.
8. Indien de rechter dit gewenst oordeelt, kan hij de personen, bedoeld in het vijfde lid, verplichten te verschijnen.
9. Indien de rechter zich doet voorlichten door een of meerdere personen, bedoeld in het vijfde, zesde en zevende lid, buiten tegenwoordigheid van de betrokkene, wordt de zakelijke inhoud van de verstrekte inlichtingen aan de betrokkene medegedeeld.

Bijlage – Wet verantwoorde toepassing vrijheidsbeperking

10. De betrokkene of zijn raadsman wordt in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze kenbaar te maken naar aanleiding van de mededelingen en verklaringen van de personen, bedoeld in het vijfde, zesde en zevende lid.
11. Kosten van getuigen en deskundigen in verband met de toepassing van het zesde lid, komen ten laste van 's Rijks kas.

Artikel 16

1. De rechter kan de beslissing waartegen het geschil is gericht, schorsen.
2. Indien de rechter het verzoek om een uitspraak op het geschil kennelijk ongegrond acht, kan hij zonder behandeling ter terechtzitting onmiddellijk op het verzoekschrift beschikken.
3. De rechter beslist binnen vier weken na indiening van het verzoekschrift. Tegen de beslissing van de rechter staat geen hoger beroep open.
4. De beslissing strekt tot:
 - a. onbevoegdverklaring van de rechtbank,
 - b. niet-ontoankelijkverklaring van het verzoek of het geschil,
 - c. ongegrondverklaring van het geschil, of
 - d. gegrondverklaring van het geschil.
5. Indien de rechtbank het geschil gegrond verklaart, vernietigt zij de bestreden beslissing geheel of gedeeltelijk. Gehele of gedeeltelijke vernietiging van de beslissing brengt vernietiging van de rechtsgevolgen van de beslissing of het vernietigde gedeelte van de beslissing mee.
6. Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, kan zij de voor de behandeling verantwoordelijke persoon opdragen een nieuwe beslissing te nemen of een andere handeling te verrichten met inachtneming van haar uitspraak.
7. De rechtbank kan de voor de behandeling verantwoordelijke persoon een termijn stellen voor het nemen van een nieuwe beslissing of het verrichten van een andere handeling.
8. De rechtbank kan bepalen dat, indien of zolang de voor de behandeling verantwoordelijke persoon niet voldoet aan de beslissing van de rechter, de rechtspersoon die het psychiatrisch ziekenhuis in stand houdt, aan de cliënt op wie het geschil betrekking heeft een in de beslissing vast te stellen dwangsom verbeurt. De artikelen 611a tot en met 611i van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing.
9. De griffier zendt zo spoedig mogelijk een afschrift van de beschikking aan de verzoeker, de betrokken cliënt indien hij niet de verzoeker is, de raadsman van de verzoeker, de behandelende persoon, de zorgaanbieder de patiëntenrechtenconsulent, de geschillen en adviescommissie, en de inspecteur.
10. De uitspraak wordt geanonimiseerd ter beschikking gesteld voor publicatie

Overige bepalingen

Artikel 17

Ten aanzien van deze wet is de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing

Artikel 18

1. Onze Minister zendt binnen zes jaar na de inwerkingtreding van deze wet en vervolgens telkens om de vijf jaar, aan de Staten-Generaal een verslag over de wijze waarop de wet is toegepast.
2. Bij het in lid 1 genoemde verslag wordt tevens aangegeven of de Regering aanleiding ziet om gebruik te maken van haar bevoegdheid om nadere voorschriften vast te stellen.

OVER DE AUTEUR

Luuk Arends werd geboren op 8 november 1967 te Maastricht. In 1987 deed hij eind-examen gymnasium- β aan het Henric van Veldeke College te Maastricht. Aansluitend studeerde hij Nederlands recht aan de Universiteit Maastricht, waar hij in 1991 zijn doctoraal behaalde. Tevens deed hij een jaar geneeskunde in 1990-1992 aan dezelfde universiteit en behaalde in 1991 het propedeusediploma.

Zijn werkende leven startte in 1993 als onderwijsmedewerker bij de vakgroep strafrecht bij de Universiteit Maastricht. Omdat de gezondheidszorg bleef trekken, is hij in 1994 naar Rotterdam vertrokken. Bij het instituut Beleid en Management Gezondheidszorg, onderdeel van het Erasmus Medisch Centrum en de Erasmus Universiteit Rotterdam, was hij eerst werkzaam als wetenschappelijk docent en later als universitair docent. De eerste jaren hield hij zich voornamelijk bezig met het ontwikkelen en geven van onderwijs. Later ging hij steeds meer onderzoek doen. Dit resulteerde in verschillende publicaties, onder andere over informed consent, vertegenwoordiging, klachtrecht, patiëntenrechten, de Wet bopz en vrijheidsbeperkingen bij psychogeriatrische patiënten. Ook leidde hij drie onderzoeksprojecten, twee over de implementatieproblematiek van de Wet bopz in verzorgingshuizen en een over de toepassing van vrijheidsbeperking bij psychogeriatrische patiënten. Verder is hij redactielid van het Journaal GGZ en recht.

